



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 10 - nº 2 - Tomo I (A/J) - Jul./Dez. 2018

Elaborado no 2º Semestre 2018

REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 10 - nº2 - Tomo I (A/J) - Jul./Dez. 2018



Elaborado no 2º Semestre 2018

© 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 2018

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

SECRETÁRIA-GERAL

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.



ALBERTO DE BARROS RODRIGUES BARBOSA DIFICULDADES ENFRENTADAS PARA O ÊXITO DOS INQUÉRITOS POLICIAIS NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NO TOCANTE À APURAÇÃO DAS AUTORIAS.....	11
ALESSANDRA DE SOUZA NASCIMENTO GREGÓRIO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UM INSTRUMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL E A NECESSIDADE DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS.....	27
ALEXANDRE AUGUSTO NORONHA DIAS DA CRUZ O CONSENSUALISMO COMO MEIO DE PERSECUÇÃO DA FINALIDADE PÚBLICA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	44
ALEXANDRE RODRIGUES LASSANCE ASTREINTES: A (IM)POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MULTA VENCIDA À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	59
ALINNE CAVALLI DE SOUSA A AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DO ART. 8º, §2º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	76
ALOYSIO DE ALCANTARA SIMÕES A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NA BUSCA PELA JUSTA INDENIZAÇÃO NA DESAPROPRIAÇÃO, MESMO NA HIPÓTESE DE ACORDO ENTRE AS PARTES.....	90
AMANDA BATISTA DE SOUZA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.....	104
ANA CAROLINA ANDRADE PORTUGAL PROPRIEDADE INTELECTUAL NO DIREITO DA MODA (FASHION LAW).....	118



ANDERSON ALVES DOS SANTOS

A EXCEPCIONALIDADE DA VIDEOCONFERÊNCIA NO PROCESSO PENAL E A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO.....132

ANNA ESTEVES ROCHA PEREIRA REIS

A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI.....146

ANNA GABRIELA BEZERRA DOS SANTOS

A ADOÇÃO PELOS AVÓS POR IMPOSSIBILIDADE PSICOLÓGICA DA MÃE BIOLÓGICA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....160

ANNE LIN TONG

O REFLEXO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PENAL NAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS DA LEI Nº 9.099/95.....174

BÁRBARA DE ARAÚJO GOMES

CASTRACÃO QUÍMICA EM SERES HUMANOS NO BRASIL: EVOLUÇÃO DOS PROJETOS DE LEIS APRESENTADOS E SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....189

BARBARA MALACARNE SIQUEIRA

TRANSGENITALIZAÇÃO - A ADEQUAÇÃO DOS TRANSEXUAIS AO REQUISITO NORMATIVO DO FEMINICÍDIO E A SUA INCLUSÃO COMO SUJEITO PASSIVO.....203

BEATRIZ SARTORI VIEIRA CARVALHO LEME

O CRIME DE ESTUPRO CONTRA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL À LUZ DA ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.718/18.....217

BEATRIZ WALCHER SILVA MONTORSI

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE OMISSÃO INTENCIONAL DA IDENTIDADE DO GENITOR PELA GENITORA.....232

BIANCA FERREIRA MARTINS

O DIREITO DA MULHER À DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO NA INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO EM CONSONÂNCIA AO PRINCÍPIO DA NÃO INTERVENÇÃO ESTATAL.....249

BIANCA SANTORO FONSECA

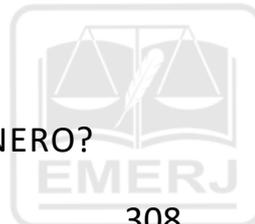
O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO À LUZ DAS DECISÕES FUNDAMENTADAS DOS JUÍZES NO QUADRO FÁTICO DO SISTEMA PRISIONAL.....263

BRENDA DE FARIAS SILVA

REFLEXÕES SOBRE A PESSOA TRANSEXUAL E O USO DE BANHEIROS COLETIVOS.....277

BRUNA DE MORAIS LAVADORES

OS DIREITOS CONSUMERISTAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DIANTE DO JULGAMENTO CONJUNTO DO RE Nº 636331 E DO ARE Nº 766618.....293



BRUNA MATOS DE SENA

EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA: UMA VIOLÊNCIA DE GÊNERO?
REFLEXOS SOCIAIS E JURÍDICOS DA CONDUTA CRIMINALIZADA PELA LEI
Nº 13.718/2018.....308

BRUNO DANILO MORAES SILVA

PRISÃO DOMICILIAR E A DICOTOMIA ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E
A LEI DE EXECUÇÕES PENAS, NORMA GERAL SENDO APLICADA NO LUGAR DA
NORMA ESPECIAL.....322

BRUNO MONTEIRO SANTOS

SOCIEDADE ANÔNIMA COMO MECANISMO DE SUPERAÇÃO E PREVENÇÃO DA
CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA. SIMPLIFICAÇÃO DA S.A.....337

CAMILA FERREIRA FIGUEIREDO

OS REFLEXOS DAS TRANSFORMAÇÕES DAS ENTIDADES FAMILIARES: O
RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E O
PROVIMENTO Nº 63, DE 2017, DO CNJ.....354

CAROLINA CADRANEL

A CRIMINALIZAÇÃO COMO REMÉDIO FRENTE A IMPRECISÃO LEGISLATIVA NA
TUTELA JURÍDICA DO REVENGE PORN.....370

CAROLINA SANT' ANNA AMARAL PEREIRA

MULTIPROPRIEDADE COMO INSTRUMENTO DO LAZER E TURISMO
ADAPTABILIDADE DO INSTITUTO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....385

CAROLINA VIEIRA VICTORIO

OS DESAFIOS DA MAGISTRATURA QUE SE DIVIDE EM PRESTAR UM SERVIÇO
EFICIENTE E ALCANÇAR AS METAS INSTITUCIONAIS.....401

CAROLINE BITENCOURT SALES

LEGALIDADE TRIBUTÁRIA: ANÁLISE DA LEGALIDADE SUFICIENTE E SUA
FORMA DE APLICAÇÃO PELO STF.....416

CAROLINE REGINA OLIVEIRA VASCONCELOS

A INADMISSIBILIDADE DO POLÍGRAFO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO
LIMITES ÀS PROVAS CIENTÍFICAS E PROIBIÇÃO DE TÉCNICAS QUE AFETEM
A LIBERDADE MORAL DAS PESSOAS.....430

CRISTIANE GUILHERME MALTA GONÇALVES

O INTERROGATÓRIO DO RÉU PRESO À LUZ DA LEI Nº 11.900/09:
EXCEPCIONALIDADE DO SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA E INSERÇÃO DO
SISTEMA NOS PRESÍDIOS.....446

CYRO OLIVEIRA PADILHA

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE CARÁTER ANTECEDENTE TRAZIDA
PELO CPC/15.....461



DAIANE DIB NAJJAR BRANDAO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE INCÊDIO.....475

DANIEL GOLDENSTEIN

UMA ANÁLISE DO ARTIGO 1.015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
TAXATIVIDADE DO ROL E NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.....489

DANIELA NORONHA LOUREIRO

O RACISMO ESTRUTURAL E A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA
POLÍTICA DE COTAS RACIAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....504

DEBORAH AKEMI UTIYAMA

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FACE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS
PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA – O PARADIGMA DO MP DE MINAS GERAIS.....518

DEYVID MATTOS ESPOSITO

A INCIDÊNCIA DAS TARIFAS DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO
(TUSD) E DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSMISSÃO NA BASE DE CÁLCULO
DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) NAS
CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA.....532

ERICH ABRAÃO MULLER COSTA

A INEFICIÊNCIA E DESFUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE LAJE FRENTE
À LEI Nº 13.465/2017.....546

FARLEY DOS REIS SANTOS

UMA VISÃO CRÍTICA DA UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM
CURSO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO LEGAL DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI
Nº 11.343/06.....561

FERNANDA SOUZA DE MENEZES

ANÁLISE DA LEI Nº 9.307/96 COM AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 13.129/15, E SUA
INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COM ÊNFASE AOS
CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....577

FERNANDO LUIS DE SÁ BARQUINHA LUZ

A LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS COM
PENA MÁXIMA SUPERIOR A QUATRO ANOS.....591

FLAVIA DAS DORES DE MELLO

A FORÇA VINCULATIVA DA PUBLICIDADE E DA OFERTA NA VENDA DE
UNIDADES IMOBILIÁRIAS.....605

GABRIEL FERREIRA ROBEIRO GOMES

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TIPIFICAÇÃO PENAL DA CONDUTA DE
DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS NA INTERNET.....619



GABRIELA COMERLATO ERTHAL NEVES

SELEÇÃO EMBRIONÁRIA, DESCARTE DE EMBRIÕES VIÁVEIS EM PROL DA ADEQUAÇÃO AO GRUPO: ÉTICA E EUGENIA.....635

GIULIANA SUAREZ VILLELA

OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULAM A ARBITRAGEM?.....650

GLEYCE DE MATTOS ALCÂNTARA

INCENTIVOS FISCAIS PARA AS EMPRESAS QUE CONTRATAM A MÃO DE OBRA DE EX-DETENTOS E SEUS REFLEXOS NA DIMINUIÇÃO DA REINCIDÊNCIA.....664

GUILHERME ABRAMOVITCH MAY

O HABEAS CORPUS COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO.....680

GUILHERME CASTELLO BRANCO DE MORAES

O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO(A) SOBREVIVENTE E A INSEGURANÇA JURÍDICA.....694

GUSTAVO BERRIEL QUARIGUASY TEIXEIRA

A PRESCRIÇÃO E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/15): MENOSCABO À PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA?.....708

HOLMES GUILHERME DUARTE RODRIGUES

DO ESTUPRO EM SUA MODALIDADE VIRTUAL: ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO TÍPICA NO USO DE MEIOS DIGITAIS PARA PRÁTICA DO DELITO CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....723

IAN ASSED ESTEFAN FRANÇA

A REPERCUSSÃO DA NÃO CLASSIFICAÇÃO DA POSSE COMO DIREITO REAL À LUZ DA LEI Nº 13.465/2017 EM FACE AO CENÁRIO URBANO.....737

IRENE BOGADO DINIZ

LOCAÇÃO DE IMÓVEIS POR PRAZO EXÍGUO NOS CONDOMÍNIOS EDIFÍCIOS: A NOVA REALIDADE DA LOCAÇÃO POR PLATAFORMAS DIGITAIS.....751

JAQUELINE MAGACHO DE CARVALHO

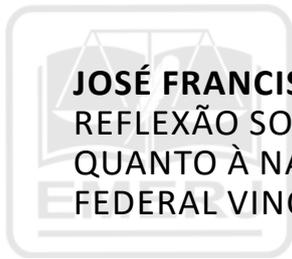
O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E OS RISCOS DE UMA CONDENAÇÃO BASEADA APENAS NA PALAVRA DA VÍTIMA.....766

JOÃO GABRIEL DANTAS ZEGHIR

A INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES NO ECA, UM COTEJO ENTRE A ATIPICIDADE DO CRIME PRATICADO PELO AGENTE INFILTRADO E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....781

JOÃO PEDRO DE MENDONÇA HORTA

POSSIBILIDADES E LIMITES DA CONDENAÇÃO DOS PAIS POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO E MATERIAL DOS FILHOS.....795



JOSÉ FRANCISCO BUSCACIO MARON

REFLEXÃO SOBRE O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUANTO À NATUREZA DE BEM PÚBLICO DOS IMÓVEIS DA CAIXA ECONÔMICA
FEDERAL VINCULADOS AO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO.....809

JULIANA FERREIRA SANTOS

AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL E O DIREITO A NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO.....825

JULIANO DOS ANJOS DA MOTTA MORAES

DA MULTA SOBRE O ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA:
INEFETIVIDADE FRENTE À FAZENDA PÚBLICA, AO AGENTE PÚBLICO E AO
ADVOGADO PRIVADO?.....842

DIFICULDADES ENFRENTADAS PARA O ÊXITO DOS INQUÉRITOS POLICIAIS NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NO TOCANTE À APURAÇÃO DAS AUTORIAS

Alberto de Barros Rodrigues Barbosa

Graduado pela Faculdade de Direito UNESA. Inspetor de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

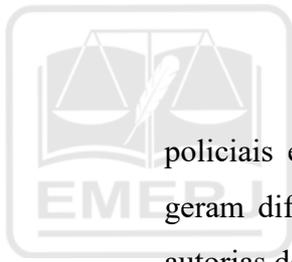
Resumo – O objetivo precípua deste trabalho é a análise das dificuldades enfrentadas para o êxito dos inquéritos policiais, no que se refere à descoberta das autorias de crimes contra o patrimônio no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, avaliando a inviolabilidade a domicílio, no tocante a sua relativização, e sua contribuição para a morosidade da apuração dos inquéritos policiais, o que contribui com um favorecimento ao criminoso que pratica delitos contra o patrimônio. Apontam-se os aspectos negativos da desvalorização da prova produzida em sede de inquérito policial e suas consequências para impunidade de crimes contra o patrimônio. Busca-se ainda abordar os aspectos negativos trazidos pela burocratização dos repasses financeiros à polícia judiciária e suas consequências para a apuração do inquérito policial, indicando possíveis soluções para otimizar tais repasses. Conclui-se por uma interpretação conforme a CRFB/88, o CPP e o CP que devem ocorrer emendas à CRFB/88 e mudanças no CPP e CP para viabilizar a apuração célere, efetiva e eficiente dos inquéritos policiais, no tocante à apuração das autorias dos crimes contra o patrimônio no Estado do RJ, sob pena de impossibilitar o êxito de tais inquéritos.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Inquérito Policial nos crimes contra o patrimônio. Apuração das autorias nos crimes contra o patrimônio.

Sumário – Introdução. 1. Intolerância do direito à inviolabilidade à residência e ao domicílio, até que ponto essa garantia tratada de maneira absoluta promove a morosidade da apuração do inquérito policial nos crimes contra o patrimônio. 2. A desvalorização da prova produzida em sede de inquérito policial e suas consequências negativas para apuração de tal inquérito nos crimes contra o patrimônio. 3. A burocratização do repasse financeiro para a polícia judiciária do Estado do RJ no tocante a compra de materiais e equipamentos, e sua contribuição negativa para apuração dos inquéritos policiais referentes aos crimes contra o patrimônio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica, que foi desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, discute as dificuldades enfrentadas para o êxito dos inquéritos policiais nos crimes contra o patrimônio no Estado do Rio de Janeiro, no que se refere à apuração das autorias. Procura-se demonstrar que o legislador restringiu a apuração dos inquéritos



policiais em tela, no momento em que criou obstáculos legais e constitucionais que geram dificuldades para a atuação das polícias judiciárias, no tocante a apuração de autorias de diversos delitos, dentre eles os crimes contra o patrimônio.

Ressalta-se também que além dos obstáculos constitucionais e legais, a polícia judiciária, que atua na apuração dos inquéritos policiais por força do artigo 144, §4º da CRFB/88, enfrenta graves problemas administrativos e burocráticos, no que concerne a repasses financeiros e compra de diversos materiais de trabalho. Esses fatores também contribuem diretamente para a ocorrência de uma defasagem na apuração de autorias nos inquéritos policiais, com relação a diversos delitos.

Evidencia-se que tais dificuldades enfrentadas diariamente pelas polícias judiciárias do Brasil, incluindo a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, resultam em uma péssima prestação do serviço público. Dado que, a referida polícia não possui meios legais e administrativos mínimos para apurar a autoria dos crimes que assolam nossa sociedade, em especial o Estado do Rio de Janeiro. Tal fato gera uma insatisfação da população, que, por conseguinte demonstra uma descredibilidade na atuação policial, já que não observa uma diminuição dos delitos em sua região.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar as dificuldades enfrentadas pela polícia judiciária para apuração de autorias em inquéritos policiais, bem como se apresenta as possíveis soluções para sanar tais dificuldades, como a modificação da legislação e a criação de uma polícia judiciária autônoma.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando as dificuldades enfrentadas pela polícia judiciária, no que tange a apuração do inquérito policial nos crimes contra o patrimônio, citando o direito à inviolabilidade à residência e ao domicílio, tratado de modo absoluto, como fator que contribui com a morosidade da apuração dos inquéritos em questão.

No segundo capítulo será feita uma análise sobre a desvalorização da prova produzida em sede de inquérito policial e suas consequências negativas para apuração do referido nos crimes contra o patrimônio. Abordando pontos da legislação que geram diversas situações práticas, que resultam em consequências negativas para tal apuração.

O terceiro capítulo abordará as contribuições negativas para apuração dos inquéritos policiais referentes aos crimes contra o patrimônio, que são estabelecidas pela burocratização do repasse financeiro para a polícia judiciária do Estado do RJ no tocante a compra de materiais e equipamentos do uso cotidiano dos agentes.

1. INTOLERÂNCIA DO DIREITO À INVIOABILIDADE À RESIDÊNCIA E AO DOMICÍLIO: ATÉ QUE PONTO ESSA GARANTIA TRATADA DE MANEIRA ABSOLUTA PROMOVE A MOROSIDADE DA APURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

O legislador constituinte qualificou a garantia fundamental do direito à inviolabilidade da casa, impondo a todos a restrição de ingressar nela sem o consentimento do morador, ou por ocasião de flagrante delito, para prestar socorro, por desastre, ou durante o dia por determinação judicial, conforme o disposto no art. 5º, XI, da CRFB/88¹, *in verbis*: “XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”

Nesse contexto, o Código Penal Brasileiro cita a definição da expressão “casa” para fins de violação de domicílio, conforme se depreende de seu art. 150, §4º² deste diploma. Relata que a expressão “casa” compreende qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Desse modo, ao incluir tal garantia na carta magna brasileira, o legislador constituinte tratou da inviolabilidade ao domicílio de forma especial e absoluta, visto que a citada está incluída no rol de garantias e direitos fundamentais e individuais da CRFB/88 e, por conseguinte, é considerada cláusula pétrea, a qual não pode sofrer alteração, conforme se vê no art.60, §4º, IV, da CRFB/88³, “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta (...), § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...), IV - os direitos e garantias individuais”.

Entretanto, faz-se necessário citar que tal inviolabilidade diversas vezes contribui para que o criminoso não seja punido em muitos crimes, dentre eles os crimes patrimoniais elencados no Código Penal. Nesse diapasão, é importante salientar que a inviolabilidade do domicílio não pode ser utilizada para ocultar provas de um crime ou não pode ser utilizada para servir de garantia de impunidade de delitos.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

²Idem. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018

³ Ibid.



O STF por meio de seu Informativo nº 529⁴ entendeu por maioria que a escuta ambiental pode ser instalada em escritório do advogado durante o período noturno, relativizando a questão da inviolabilidade do domicílio, conforme se depreende:

[...] De toda forma, concluiu-se que as medidas determinadas foram de todo lícitas por encontrarem suporte normativo explícito e guardarem precisa justificação lógico-jurídico constitucional, já que a restrição consequente não aniquilou o núcleo do direito fundamental e está, segundo os enunciados em que se desdobra o princípio da proporcionalidade, amparada na necessidade da promoção de fins legítimos de ordem pública [...]

Tal entendimento do Egrégio Tribunal mostra de forma muito clara que a violação do domicílio deve ser interpretada de forma relativa, entendendo-se que, no caso concreto, deve ser aplicado o princípio constitucional da razoabilidade, sob pena de estar se construindo um subterfúgio para a prática de diversas ações criminosas.

É importante salientar que a definição de inquérito policial pode ser entendida consoante o art. 4º, do CPP⁵, como procedimento investigatório prévio realizado pelas polícias judiciárias, por meio de um conjunto de diligências com a finalidade de apurar ou investigar infrações penais com a obtenção de provas e elementos necessários para esclarecer a autoria delitiva e para que o titular da ação penal tenha elementos necessários para propô-la.

Desse modo, os agentes que realizam tal procedimento investigatório somente possuem o prazo de 10 dias para terminar o citado Inquérito quando o réu estiver preso e o prazo de 30 dias quando o referido estiver solto. Conforme dispõe o art. 10, do CPP⁶, *in verbis*:

Art. 10, CPP. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

Tal prazo mostra-se muito curto, no que tange à grande quantidade de inquéritos que são instaurados diariamente no Estado do Rio de Janeiro. Esse prazo ainda sofre prejuízos devido às exigências da lei para se adquirirem mandados de busca e apreensão e de prisão.

Desse modo, a prática de crimes contra o patrimônio previstos no Código Penal Brasileiro, tais como o roubo, o furto e a receptação, crimes realizados em grande quantidade no Estado do Rio de Janeiro,

⁴BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Informativo nº529. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo529.htm>> Acesso em: 10 abr. 2018.

⁵BRASIL. op. cit., nota 2.

⁶ Ibid.



por muitas vezes não são apurados de forma célere, pois o agente criminoso se vale de sua inviolabilidade de domicílio para não ser punido pelos delitos cometidos.

Nesse diapasão, é imperioso destacar que a inviolabilidade de domicílio favorece o agente criminoso de diversas formas. Uma delas pode ser trazida à baila, a título de exemplo, da seguinte forma, o criminoso se valendo da inviolabilidade de domicílio pratica um delito de roubo ou furto. O produto do crime anteriormente citado é guardado pelo criminoso na residência de um terceiro indivíduo, o qual forneceu acesso ao criminoso por meio de uma cópia da chave de sua residência. Logo em seguida ao fato, a polícia tem conhecimento de tal ato por meio de investigação e fica restringida a ingressar no citado domicílio por meio de representação ao poder Judiciário, a fim de obter um mandado de busca e apreensão.

Frisa-se que a citada determinação judiciária se faz necessária, dado que no momento em que o criminoso guardou ou ocultou o produto proveniente de delito na casa de um terceiro, o qual somente entregou a cópia da chave de sua residência, o estado de flagrância se exauriu. Visto que o crime de receptação, no que tange a se caracterizar como crime permanente, disposto nos verbos “conduzir ou ocultar” do art. 180, do Código Penal⁷, não pode ser imputado a um indivíduo que alega não saber que seu amigo criminoso havia colocado em sua residência um produto proveniente de crime. Conforme se pode extrair da interpretação do art. 180, do CP⁷, *in verbis*: “art. 180 do CP - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou Oculte [...]”

Dessa forma, conforme os argumentos supracitados, mostra-se nítida que a inviolabilidade do domicílio não deve ser tratada como garantia constitucional absoluta.

Já que tal direito permite que os agentes criminosos encontrem “brechas” no caráter restritivo da citada inviolabilidade para não serem penalizados pelos delitos cometidos, tal qual a possibilidade citada anteriormente.

No que tange a relativização do direito a inviolabilidade do domicílio, é imprescindível ressaltar que a CRFB/88 dispôs em seu artigo 5º, XLVII, alínea “a”⁸, que há a possibilidade de se aplicar a pena de morte no Brasil,

⁷BRASIL. op. cit., nota 2.

⁸BRASIL. op. cit., nota 1.



desde que haja uma guerra declarada nos moldes do art. 84, XIX da CRFB/88⁹, segundo o referido artigo, *in verbis*: [...] XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX[...]

Nesse contexto, salienta-se que um dos direitos mais importantes tutelados pela carta magna pátria, que é o direito a vida, foi relativizado pelo artigo citado. Desse modo, o direito a inviolabilidade de domicílio também deve sofrer tal relativização, além das já estabelecidas no Art. 5º, XI, da CRFB/88¹⁰, uma vez que a utilização do direito em comento em caráter absoluto dificulta o trabalho das Polícias, dentre elas a Polícia Judiciária.

Frisa-se que, os Inquéritos Policiais, no que se refere ao seu êxito em desvendar a autoria de diversos crimes, tem sua eficácia pautada na celeridade. Tal celeridade é prejudicada quando a autoridade policial tem a necessidade de representar ao Juiz de direito para conseguir ingressar em uma determinada residência, com o fim de encontrar um produto de crime ou o próprio criminoso.

Nota-se que a inviolabilidade do domicílio levada ao seu caráter extremo (forma absoluta) contribui diretamente com o atraso e o êxito das investigações policiais (Inquéritos Policiais), visto que, ela somente pode ocorrer por meio de processos predominantemente burocráticos como a representação, fato esse que resulta em uma prejudicialidade da celeridade investigativa. Já que o tempo que decorre entre a representação ao magistrado e o deferimento da citada é muito extenso, esse grande lapso temporal resulta em uma fuga do criminoso procurado (com mandado de prisão expedido) ou uma destruição de uma res furtiva ou prova que seria essencial para elucidação de determinado crime (exemplo: patrimoniais).

Entretanto é importante destacar que tal relativização do direito a inviolabilidade do domicílio não deve ser banalizada, e sim deve ser levada a uma ponderação de direitos fundamentais, os quais devem sobressair os direitos tutelados pela CRFB/88, a segurança e a vida em detrimento do direito de propriedade, sempre sobre o prisma do princípio da razoabilidade.

⁹ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁰ Ibid.

2. A DESVALORAÇÃO DA PROVA PRODUZIDA EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL E SUAS CONSÊQUÊNCIAS NEGATIVAS PARA APURAÇÃO DE TAL INQUÉRITO NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Segundo a melhor doutrina a palavra prova tem o significado de verificar algo, de examinar ou confirmar a verdade sobre determinados fatos. Nesse sentido, ensina Nucci¹¹:

o termo prova origina-se do latim –*probatio*–, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar –*probare*–, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar

Neste diapasão, é importante citar que as provas produzidas em sede de investigação (inquéritos policiais) não têm o mesmo valor das provas produzidas em juízo. Em via de regra as provas relacionadas à investigação não podem produzir por si só um decreto condenatório, bem como em muitos casos devem ser ratificadas no curso do processo. Como se estabelece da interpretação do artigo 155 do CPP¹², *in verbis*:

Art. 155 do CPP. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Diante desse fato, em inúmeros casos, a Polícia Judiciária, ao final do Inquérito Policial, não consegue obter um decreto condenatório em desfavor do autor do crime.

Pois, ainda que a referida polícia traga no bojo do inquérito diversas provas indicando a autoria de um determinado delito, estas não podem servir por si só para suprirem a fundamentação do magistrado, no que concerne ao proferimento de uma sentença condenatória.

Salienta-se que após a fase investigatória, o juiz muitas vezes se depara com um processo predominantemente de provas produzidas em sede policial, provas essas que indicam de forma convincente e clara a autoria e a materialidade de um determinado crime. Entretanto o magistrado em comento fica de “mãos atadas” para condenar o criminoso, dado que, de acordo com o dispositivo supracitado, a prova produzida nos Inquéritos Policiais tem um valor menor do que as que são concebidas em Juízo.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 338.

¹² BRASIL. *op. cit.*, nota 2.



Diversos doutrinadores defendem a desvalorização da prova produzida no meio investigativo, alegando, em suma, que essa prova por ser inquisitorial não está em conformidade com o Princípio do Contraditório e da Ampla defesa disposto no artigo 5º, LV, da CRFB/88¹³, *in verbis*:

“[...] LV - 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”. Assim, Kant¹⁴ cita:

[...] o sistema judicial restringe significativamente a atividade judiciária da polícia ao situá-la em plano inferior na hierarquia judicial. (...) Tantas restrições aos efeitos das investigações policiais justificam-se pela característica inquisitorial, isto é, unilateral, inquest-like, da ação policial. Ela é, por definição, preliminar e não produz consequências definitivas.

Do mesmo modo, relata o professor Fernando Capez¹⁵, sobre o inquérito policial:

é secreto e escrito, e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, se não há acusação, não se fala em defesa. Evidenciam a natureza inquisitiva do procedimento o art. 107 do Código de Processo Penal, proibindo arguição de suspeição das autoridades policiais, e o art. 14, que permite à autoridade policial indeferir qualquer diligência requerida pelo ofendido ou indiciado (exceto o exame de corpo de delito, à vista do disposto no art. 184).

Apesar de os argumentos doutrinários supraditos aduzirem que há ausência do Princípio do Contraditório e da Ampla defesa no Inquérito Policial, tais assertivas devem ser rechaçadas no atual ordenamento jurídico.

Desta feita, na grande maioria das vezes, o investigado comparece às dependências de uma Delegacia de Polícia Judiciária na presença de seu patrono, a fim de garantir sua defesa. Nesse sentido, é imperioso citar que atualmente nosso ordenamento jurídico garante o amplo acesso do defensor do investigado aos elementos de provas elencados no Inquérito Policial, com o fito de preservar a ampla defesa do investigado, bem como o contraditório. Como se vê na Súmula vinculante nº 14 STF¹⁶:

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.

¹³ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁴ KANT DE LIMA, Roberto. *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed. 1995, p. 36.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva: 2014.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *SV nº 14*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

Dessa forma, data a máxima vênia aos doutrinadores em tela, bem como ao legislador pátrio, atualmente diante dos argumentos mencionados não há que se falar atualmente em restrições ao Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório em sede investigativa, no tocante ao Inquérito Policial.

Destaca-se também outro ponto no meio probatório em caráter investigativo. Trata-se de prova obtida em sede policial por meio de confissão do investigado.

A prova em questão é desvalorizada por parte da doutrina e por alguns Tribunais Superiores em seus entendimentos jurisprudenciais, no que se refere à obtenção por meios investigativos policiais. Tais doutrinadores e Tribunais entendem que essa prova para ter caráter relevante no processo penal, deve ser ratificada em juízo, assim como defende o eminente professor Pacceli de Oliveira¹⁷ em sua obra.

Contudo, é importante citar que tal alegação doutrinária e jurisprudencial não pode presumir que a confissão obtida no âmbito policial e investigativo é muitas das vezes extraída por algum meio ilícito, como a tortura.

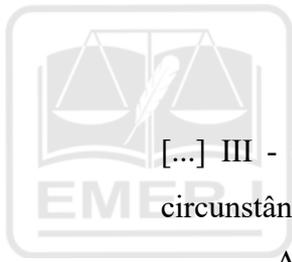
Pois, a assertiva em questão iria de encontro ao que o Estado preconiza por meio da figura do Delegado de Polícia (autoridade policial) e o agente policial, que fazem jus a fé-pública, probidade, presunção de legitimidade e veracidade em seus atos funcionais. Nesse sentido, ainda há no meio investigativo a presença constante de advogados em diversos atos de investigação.

Desse modo, não se mostra coerente e razoável desvalorizar uma prova fundamental como a confissão de um delito em caráter investigativo, somente pelo fato de a citada não ter sido ratificada em juízo, já que muitas vezes tal prova é de suma importância para desvendar e impor um decreto condenatório há um criminoso que assola o bem estar social e ordem pública.

Ressalta-se também que o procedimento de interrogatório é presidido pela autoridade policial (Delegado de Polícia), que tem em sua formação precípua o título de Bacharel em Direito, tendo assim o conhecimento jurídico necessário para assegurar todas as garantias legais, supra legais e constitucionais do investigado, como a ampla defesa e o direito de permanecer calado. Como se extrai do diploma legal do art. 6, III do CPP¹⁸, *in verbis*: “Art. 6º, do CPP - Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 498.

¹⁸ BRASIL. *op. cit.*, nota 5.



[...] III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”; [...].

Assim, diante do exposto é importante frisar que em diversas ocasiões o inquérito policial terá como prova fundamental para a descoberta da autoria a confissão do investigado. E essa prova não deve ser tratada como uma mera formalidade que pode ser descartada em juízo quando o investigado não a ratifica. Por diversas vezes o investigado, orientado por seu defensor, alega em juízo que foi torturado ou compelido a confessar um crime que não cometeu, tal argumento, dependendo do entendimento doutrinário ou jurisprudencial do magistrado ocasiona o decreto absolutório de um criminoso.

Desta feita, a fim de se evitar a desvalorização de todo trabalho realizado pela Polícia judiciária por meio de Inquérito Policial, é preciso que o Juiz se coadune com o princípio da verdade real (ou material), que está estabelecido no processo penal. Princípio este que segundo a doutrina, entende-se como a busca para reconstruir aquilo que realmente ocorreu quando o crime foi praticado.

Neste diapasão, é preciso que em um processo em que o investigado confesse em sede policial que cometeu o crime a ele imputado, mas em juízo não ratifique tal confissão, tendo além da confissão, indícios de que o investigado praticou um crime determinado, o magistrado possa dar uma maior valoração a essa prova, sob pena de engessar todo o trabalho investigatório, no tocante à produção de provas, realizado pela polícia.

3. A BUROCRATIZAÇÃO DO REPASSE FINANCEIRO PARA A POLÍCIA JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RJ NO TOCANTE A COMPRA DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS, E SUA CONTRIBUIÇÃO NEGATIVA PARA APURAÇÃO DOS INQUÉRITOS POLICIAIS REFERENTES AOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO.

O ordenamento jurídico brasileiro previu em sua carta magna no capítulo III concernente a segurança pública a atribuição das polícias judiciárias, por meio de seu artigo 144, caput e §§1º e 4º conforme preceitua a Constituição da Republica Federativa do Brasil (CRFB/88)¹⁹: *in verbis*:

¹⁹ BRASIL. op. cit., nota 1.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; (...); IV - polícias civis; (...); § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Nesse sentido, é importante ressaltar que no âmbito Estadual os crimes contra o patrimônio em regra são apurados pela polícia judiciária Estadual (Polícia Civil), salvo quando os crimes em comento se relacionem a bens e serviços de interesse da União, nos quais serão apurados pela Polícia Judiciária da esfera Federal (Polícia Federal).

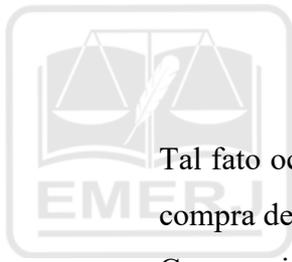
Salienta-se que, no que tange ao Estado do Rio de Janeiro a polícia judiciária (Polícia Civil) apresenta uma grande dificuldade para apurar o crescente número de infrações penais que ocorrem diuturnamente em todo Estado. Um dos fatores que ocasiona tal dificuldade se dá pela falta de materiais e equipamentos básicos como: resmas de papel, tinta para impressora, armamentos adequados, viaturas em condições de uso, material de higiene e etc., equipamentos e materiais que são fundamentais para elucidação da autoria e materialidade de diversos delitos durante o andamento do Inquérito Policial. Tal afirmação se coaduna ao relato ocorrido na Assembleia dos Policiais Civis²⁰ em 2017.

Neste diapasão, é necessário destacar que a Polícia Civil do Estado do RJ não possui autonomia financeira, pois ainda que a referida apresente atribuições dispostas na lei e na CRFB/88, que se constituem como função primária de órgão Estatal, ela está vinculada ao Poder Executivo, e subordinada ao Governador do Estado e por consequência à Secretaria de Segurança Pública. Como se vê no artigo 184 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro²¹, *in verbis*: Art. 184 da CERJ - A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, com a Polícia Civil, ao Governador do Estado.

Frisa-se que há uma grande burocracia criada por meio de processos licitatórios morosos previstos na Lei nº 8666/93 para que os recursos financeiros, imprescindíveis para o bom andamento do serviço público, cheguem até a polícia judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

²⁰ JORNAL EXTRA. *Em greve, delegacias do Rio se negam a fazer registros de ocorrência*. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/em-greve-delegacias-do-rio-se-negam-fazer-registros-de-ocorrencia-20785224.html>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

²¹ RIO DE JANEIRO. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo6.htm>>. Acesso em: 09 Set. 2018.



Tal fato ocorre pela vinculação do Poder Executivo estatal a essa lei, no que se refere à compra de matérias e equipamentos para a Polícia Civil.

Como se interpreta do art. 1º da Lei nº 8666/93²², *in verbis*:

art. 1º da Lei 8666/93 - Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

No mesmo sentido a Carta Magna²³ do ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre a necessidade do processo licitatório a todos os Entes públicos, inclusive aos Estados, por meio de seu art. 37, XXI. *in verbis*:

art. 37 da CRFB/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...); Inciso XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]

Diante da demora dos repasses financeiros para o Estado, provenientes dos Processos Licitatórios, a Polícia Judiciária (Polícia Civil) não obtém o suprimento de suas carências em tempo hábil, para conseguir investigar as inúmeras infrações penais de uma forma célere e eficiente. Tal fato resulta em um sucateamento dos bens e equipamentos da polícia judiciária, como viaturas, armas, impressoras, estrutura física da delegacia entre outros, que são de fruição e uso fundamental para se alcançar, por meio do Inquérito Policial, uma investigação exitosa.

É imperioso destacar que a demora dos repasses financeiros e a burocratização excessiva para compra de equipamentos e materiais para Polícia Civil do RJ, vão de encontro aos Princípios constitucionais previstos no art. 37, caput, que versa sobre os Princípios da Celeridade e Eficiência, no que tange a prestação do serviço público. Como se depreende do artigo em comento, *in verbis*: Art. 37 da CRFB/88²⁴ - “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

Dessa forma, mostra-se necessária uma modificação drástica no atual cenário em que se encontra a Polícia Judiciária do RJ, no tocante a obtenção de forma célere de recursos financeiros,

²²BRASIL. Lei 8.666/93. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 14 Set.2018.

²³BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁴BRASIL. op. cit., nota 1.



sob pena de não mais ser possível elucidar um número satisfatório de delitos (como os crimes patrimoniais) por meio de investigações correlacionadas ao inquérito policial.

Diante dos fatos relatados cada vez mais se faz necessária à implementação de uma autonomia financeira da Polícia Judiciária Estadual em questão, desvinculando-se do crivo do chefe do Poder executivo e sua Secretaria de Segurança Pública. Visto que tal circunstância iria contribuir de forma célere para um processo de desburocratização dos recursos financeiros que devem ser repassados a Polícia Civil. E, por conseguinte geraria uma melhora vertiginosa na apuração das infrações penais, já que os servidores policiais iriam dispor de melhores equipamentos e materiais que são de suma importância para desempenhar o seu mister.

Nessa perspectiva, deve-se ressaltar o ótimo exemplo da Defensoria Pública, que apesar de ser um órgão do Poder Executivo, possui autonomia administrativa e funcional nos moldes da lei orçamentária vigente. E no âmbito de sua competência consegue assistir de forma competente um número enorme de indivíduos em condições de hipossuficiência.

Diante do exposto, é improtelável que ocorra uma mudança radical na forma de constituição do repasse financeiro à polícia judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Pois, é sabido, que da forma burocrática e lenta como o repasse está sendo realizado, resulta em uma prestação de serviço público de baixíssima qualidade para a população fluminense.

Tal afirmativa se extrai da pesquisa de satisfação realizada com as polícias brasileiras (incluindo a Polícia Civil do RJ) referente à 7ª edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública do Fórum Brasileiro de Segurança Pública²⁵ ocorrido na Fundação Getúlio Vargas, em que se constatou que 70% da população não confia no trabalho da Polícia.

Desse modo, no que concerne a desburocratização do repasse financeiro à Polícia Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, há a urgente necessidade de realizar o afastamento do órgão em tela das interferências políticas, tornando-o um órgão independente financeiramente. Para que isso ocorra é necessário que os legisladores presentes no Congresso Nacional aprovem uma Emenda Constitucional afastando as Polícias Cíveis (Polícias Judiciárias) do Poder Executivo,

²⁵ UNIVERSO ONLINE. *Pesquisa aponta que 70% dos brasileiros não confiam na polícia, 2013.* Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2013/11/05/confianca-na-policia-cai-proxima-a-de-partidos-no-pais.html>>. Acesso em: 10 Set.2018.



no que se refere a sua subordinação, nos moldes da Defensoria Pública a qual tem autonomia na elaboração de sua proposta orçamentária.

Dado que tal independência financeira irá propiciar aos servidores policiais melhores instrumentos para a apuração das infrações penais que constantemente crescem e assolam o Estado do Rio de Janeiro.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, as dificuldades enfrentadas para o êxito dos inquéritos policiais na busca de autorias de crimes contra o patrimônio no Estado do RJ, trazidas pela inviolabilidade ao domicílio tratada de forma absoluta, desvalorização da prova produzida em sede inquisitorial e a burocratização de repasses financeiros para polícia judiciária, no tocante a compra de matérias e equipamentos.

Mostrou-se que tais dificuldades encontram embasamento legal e constitucional, já que diversos dispositivos dispõem sobre tais questões.

Os principais argumentos usados por esta pesquisa, para a solução das questões, sustentaram que é necessário haver mudanças urgentes em nosso ordenamento jurídico pátrio. Mudanças estas que devem ser realizadas por meio de emendas a Constituição e modificações em artigos do Código de Processo Penal e Código Penal. Tais modificações são de extrema necessidade, pois, como visto na pesquisa em comento, a apuração dos inquéritos policiais no Estado do Rio de Janeiro está cada vez mais “engessada”, demorada e ineficiente, no que se refere à descoberta da autoria e materialidade de delitos, incluindo os crimes contra o patrimônio.

Assim, o legislador brasileiro deve observar que diversos problemas sociais, como a falta de empregos, a defasagem econômica, a precariedade da saúde e educação do país, e também do Estado do RJ, perpassam pela segurança pública. No momento em que a atuação da polícia judiciária fica prejudicada e inviabilizada pelos fatores demonstrados na pesquisa, há uma crescente sensação na sociedade brasileira e fluminense de prestação de serviço de baixa qualidade, e o aumento da incidência de diversos delitos (inclusive os crimes contra o patrimônio), já que a certeza da impunidade cresce no âmbito criminoso.

Tanto é assim que, conforme asseverado na pesquisa, para 70% da população Brasileira, incluindo a população fluminense, a polícia não presta um serviço de



qualidade. Desta feita, é importante frisar que a Polícia Judiciária, segundo demonstrado na pesquisa, também sofre com diversos procedimentos que burocratizam o repasse financeiro para compra de vários itens de uso policial, itens esses que são primordiais para apuração dos inquéritos policiais e para a prestação de um serviço público de qualidade para a sociedade.

Nesse sentido, fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão que a CRFB/88 deve ser emendada, o CPP e o CP devem ser modificados, no sentido de relativizar à inviolabilidade do domicílio, bem como devem também ser alterados no tocante a ampliar o valor das provas produzidas por meio de inquérito policial, e se impõe também uma autonomia financeira da Polícia Judiciária, pois, dessa forma o êxito dos Inquéritos Policiais irão aumentar gerando por conseguinte uma prestação de qualidade do serviço público, no tocante ao desvendamento de autorias de diversos delitos, incluindo os crimes contra o Patrimônio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 abr. 2018

_____. *Código Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689compilado.htm. Acesso em: 14 abr. 2018

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. *Lei nº 8.666/93*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 14 de Set. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº529*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo529.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *SV nº 14*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 09 jul. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



JORNAL EXTRA. *Em greve, delegacias do Rio se negam a fazer registros de ocorrência.* Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/em-greve-delegacias-do-rio-se-negam-fazer-registros-de-ocorrencia-20785224.html>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

KANT, de Lima Roberto, *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
RIO DE JANEIRO. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo6.htm>>. Acesso em: 09 Set. 2018.

UNIVERSO ONLINE. *Pesquisa aponta que 70% dos brasileiros não confiam na polícia, 2013.* Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2013/11/05/confianca-na-policia-cai-proxima-a-de-partidos-no-pais.html>>. Acesso em: 10 Set.2018.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UM INSTRUMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL E A NECESSIDADE DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Alessandra de Souza Nascimento Gregório

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Servidora Pública Estadual. Advogada.

Resumo – após a segunda guerra mundial, o ocidente passou a vivenciar os efeitos do reconhecimento da existência da força normativa da Constituição, passando também pelo processo da constitucionalização do Direito. A partir disso, a atuação do Poder Judiciário ganhou relevância social e política, e os fenômenos da Judicialização e do ativismo judicial passam a ser verificados e discutidos. É possível identificar tais fenômenos na realidade brasileira. A partir da postura ativista do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, a utilização da técnica de Declaração de Estado de Coisas Inconstitucional, que teve origem na Corte Constitucional colombiana, no âmbito do sistema carcerário brasileiro, surge como mais uma faceta do ativismo judicial aqui praticado. Importante, doravante, acompanhar a postura da Corte Constitucional com relação a aplicação da mencionada técnica, tendo em vista que pelas características da decisão que reconhece o estado de coisas inconstitucional, o Poder Judiciário determina ações estruturais no âmbito das políticas públicas e estas possuem relevante impacto nas questões orçamentárias e, sobretudo, podem importar em violação ao princípio da separação de poderes. Destacando-se, também, a importância do estabelecimento de diálogos institucionais para superação de situações de inegável violação sistemática de direitos fundamentais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Estado de Coisas Inconstitucional. Políticas Públicas.

Sumário – Introdução. 1. A Constitucionalização do Direito, a judicialização da vida e o ativismo judicial: o perigo de um Estado Social abalizado em decisões judiciais. 2. A imprecisão do conceito de litígio estrutural do Estado de Coisas Inconstitucional, a postura de ativismo judicial e o risco de discricionariedades. 3. A atividade jurisdicional no âmbito das políticas públicas, a proposta de diálogos institucionais e a tentativa de evitar a supremacia judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o Estado de Coisas Inconstitucional como um instrumento do ativismo judicial que agrava a crise entre as instâncias de poder e amplia e fortalece o espaço de atuação do Poder Judiciário, e contrapõe tal circunstância com a necessidade de diálogos institucionais para a superação das inconstitucionalidades.

Para tanto, será abordado as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a expor e discutir a atuação do Poder Judiciário ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional em determinada situação e as medidas que tal Poder deverá adotar.



Após a segunda guerra mundial, verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, o reconhecimento da força normativa da Constituição e um processo de constitucionalização do Direito, o que implicou num avanço da justiça constitucional sobre espaços ocupados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Apresentam-se, então, dois fenômenos: a judicialização e o ativismo judicial. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político, social e moral sejam trazidas aos juízes e Tribunais sob a forma de ações judiciais.

O fenômeno do ativismo judicial, por sua vez, está associado a uma atividade jurisdicional mais intensa para a concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes. Essa atuação decorre de uma postura que se contrapõe a uma autocontenção judicial. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, dentre elas, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

O Estado de Coisas Inconstitucional, segundo as lições da doutrina, pode ser declarado quando a Corte entender existir quadro intolerável de violação de direitos fundamentais, decorrentes de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia prolongada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais poderiam modificar tal situação. A gravidade do quadro, então, legitimaria a intervenção do Poder Judiciário para determinar ações que promovam a superação do quadro inconstitucional.

A recente declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito do sistema carcerário brasileiro, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, despertou diversos debates a respeito do tema e questionamentos quanto à postura que será adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a partir da adoção desta técnica. O tema é controvertido e a doutrina tem se mostrado preocupada com os limites para a declaração de um Estado de Inconstitucionalidades, temendo que possam ser demasiadamente indefinidos e impliquem em atuação discricionária do Poder Judiciário.

Desta forma, o trabalho enfoca a temática na análise da postura de não autocontenção judicial adotado pelo STF nos últimos anos e a utilização do Estado de Coisas Inconstitucional como mais um instrumento de ativismo judicial, o que põe em exame os limites da capacidade institucional do Judiciário e a sua atuação no âmbito das políticas públicas.

O primeiro capítulo do trabalho analisa os limites institucionais do Poder Judiciário no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais e o fenômeno da *judicialização da vida*.

No segundo capítulo, discute-se se limites ao reconhecimento do Estado de Coisas



Inconstitucional e na definição do que é inconstitucional no caso concreto, para que tal instituto não seja tão fluído a ponto de qualquer circunstância possa nele ser considerada a partir de uma análise subjetiva do julgador, o que pode promover decisões arbitrárias ou absurdas.

Por fim, o terceiro capítulo discutirá, uma vez reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional e estabelecido o litígio estrutural, como se dará a implementação de políticas públicas por parte do Poder Judiciário, tendo em vista que tal atuação adentra ao campo dos demais poderes. Assim, se defenderá que a tutela estrutural não deverá ser resolvida pelo Judiciário isoladamente, de modo que deverá ser estabelecido um diálogo com uma pluralidade de órgãos e autoridades, buscando uma superação dos bloqueios políticos e institucionais.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA E O ATIVISMO JUDICIAL: O PERIGO DE UM ESTADO SOCIAL ABALIZADO EM DECISÕES JUDICIAIS

O conteúdo democrático da Carta de 1988 e os princípios por ela trazidos permeiam todo o ordenamento jurídico atual e devem ser a razão de agir de toda a estrutura do Estado. Dentre eles, o princípio da separação dos poderes¹ é fundamental para estabelecer, não rígidas e estáticas atribuições, mas limites de atuação, limites estes baseados no fato que o agir das instituições de poder deve observar o das outras, de forma que haja respeito, em lugar de abusos.

No processo de constitucionalização do direito, sobretudo após a segunda guerra mundial, o reconhecimento constitucional da existência de direitos que impunham ao Estado um não fazer e também um fazer, bem como o gradativo processo de reconhecimento da força

¹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.



normativa da Constituição implicou num avanço da justiça constitucional sobre espaços ocupados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Todo Estado Democrático de Direito deve assegurar aos seus tutelados que se cumpram os direitos previstos em sua Carta Maior. O amplo rol de direitos fundamentais presente na analítica Constituição de 1988²³ e o abrangente sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil alçaram o Poder Judiciário como um todo e maiormente o Supremo Tribunal Federal a agente ativo e importante na formulação de políticas públicas no país.

Nesse contexto, importa apresentar dois fenômenos que se aproximam, mas que não se confundem: judicialização e ativismo judicial. Com a palavra, o Ministro Luís Roberto Barroso⁴:

[...] a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...] A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes [...].

Desta forma, verifica-se claramente que, seja em razão da necessidade de garantir efetividade aos direitos previstos na Constituição e na legislação em geral, seja porque o Poder Judiciário tem escolhido adotar a postura de não autocontenção⁵, vivencia-se um processo de judicialização da vida. Isto é, tem se transferido a juízes e Tribunais o poder de decidir e

² A Constituição de 1988 é o marco histórico das profundas transformações do nosso direito constitucional contemporâneo. Ela é a principal responsável pelo “renascimento do direito constitucional” no Brasil, “capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado Democrático de Direito” e tem ainda “propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do País”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 63-64.

³ As duas grandes marcas dessa Carta são, sem dúvida, seu amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, dotados de força axiológica e normativa, e a expansão e fortalecimento da jurisdição constitucional e dos poderes decisórios do Supremo. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 231.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, p. 6. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

⁵ O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. BARROSO, op. cit., p. 7.

concretizar inúmeras questões tanto no plano individual, quanto no coletivo, e também de impacto social, orçamentário e político.

Toda a contextualização exposta até aqui demonstra a fluidez da fronteira entre Direito e Política. Nesse aspecto, explicam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto⁶ que,

[...] de um lado, deve-se reconhecer o importante papel do Judiciário na garantia da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. Mas, de outro, cumpre também valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes judiciais, em fóruns como os parlamentos e nas reivindicações da sociedade civil que vêm à tona no espaço público informal [...].

Diante das circunstâncias apresentadas, vê-se que há para a jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito um verdadeiro desafio: “não ir *além* da sua missão, nem ficar *aquém* do seu dever”, conforme bem assinalaram o Ministro Luiz Fux e o autor Carlos Eduardo Frazão⁷.

Assim, no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro existe um papel a ser cumprido pelo Poder Judiciário e existem diversas circunstâncias na atuação deste que demonstram a sua tendência ativista, sobretudo por parte da Suprema Corte. Em razão disso, a doutrina reconhece alguns comportamentos e decisões como instrumentos do ativismo judicial, que, como visto, trata-se de uma conduta, uma escolha, e, ao que parece, é a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos.

O autor Carlos Alexandre de Azevedo⁸ reconhece o ativismo judicial operado pelo Supremo Tribunal Federal:

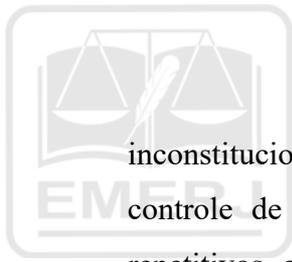
[...] o Supremo tem sido realmente ativista em interpretar a Constituição no propósito de avançar posições fundamentais de liberdade e de igualdade social. Expandindo e aplicando diretamente princípios como o da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão e da privacidade, ele tem imposto sérias limitações às ações estatais regulatória, investigatória e coercitivo-penal. Pautada principalmente na proteção do mínimo existencial, a Corte vem também mostrando forte comprometimento com a ideia de justiça distributiva. [...] o Supremo tem exigido do Estado o cumprimento de prestações positivas em torno dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, interferindo ativamente nas escolhas dos outros poderes ou suprindo-lhes a “proteção insuficiente” no âmbito de suas políticas públicas sociais [...].

A interpretação e aplicação das normas constitucionais, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial e o controle da omissão legislativa

⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.

⁷ FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na Fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 37.

⁸ CAMPOS, op. cit., p. 225.



inconstitucional, bem como a dinâmica da modulação de efeitos no âmbito das ações de controle de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, as teses firmadas em recursos repetitivos e a repercussão midiática e popular de alguns julgados, dentre outros, são instrumentos e potencializadores do ativismo judicial. Por eles, cada vez mais o Supremo Tribunal Federal tem ampliado o seu espaço institucional, muitas vezes se imiscuindo nas atribuições dos demais Poderes do Estado, especialmente no âmbito das políticas públicas, quando impõe medidas concretas ao Poder Legislativo e, especialmente, ao Poder Executivo.

Constata-se, portanto, que a Constituição de 1988 produziu mudanças profundas no Direito Constitucional brasileiro e também no papel do Supremo Tribunal Federal, mediante a outorga de ampla competência e de diversos instrumentos decisórios. Ademais, ao longo da jurisdição constitucional no país, verifica-se que os atores principais da Corte Maior, ao exercerem seu papel precípua, têm logrado ampliar ainda mais seu espaço de atuação.

Naturalmente, essa expansão enfrenta muitas críticas. Dentre elas, a de que o ativismo judicial é contrário à democracia, uma vez que a magistrados se transfere excessivos poderes e embora não tenham sido escolhidos pelo povo, podem submeter as decisões de representantes eleitos pelo povo às suas decisões. O princípio da separação de poderes também é considerado violado frente a essa postura de ativismo das Cortes, o que faz com que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional seja, portanto, muito questionada.

Desta forma, a discussão reside na forma como juízes e tribunais, principalmente a Corte Maior, podem se utilizar do seu espaço institucional constitucionalmente estabelecido. Como o Poder Judiciário, como tratado acima, lidará com o desafio de não ir além de sua missão e nem ficar aquém do seu dever?

É possível dizer que tal questionamento já há muito principiou infundáveis discussões e considerações sobre o tema. Assim, sem a pretensão de esgotar o tema ou inovar em solução única, menciona-se a necessidade de estabelecer parâmetros para uma autocontenção judicial, tendo em vista que os excessos por parte do Poder Judiciário podem prejudicar a própria democracia e agravar a crise existente no país entre as instâncias de poder⁹.

[...] há várias ideias e instrumentos voltados ao equacionamento dessa tensão. Muito importante, dentre outras medidas, é o fomento ao diálogo institucional e social entre, de um lado, o STF e, de outro, as instâncias representativas e a sociedade civil. Também essencial é a adoção de mecanismos voltados a tornar o Poder Judiciário mais responsivo às demandas sociais – o que passa pela ampliação da participação de atores não oficiais no processo constitucional, bem como por um maior controle da sociedade civil nas escolhas de ministros do Supremo e de outros tribunais [...].

⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.), op. cit., p. 100-101.

Ao longo da explanação, vê-se que, o processo de judicialização e o ativismo exercido pelo STF nos últimos anos não decorrem tão somente de uma opção ideológica, e sim de múltiplos fatores, dentre eles, destaca-se a própria falência dos poderes do Estado. É evidente que a atuação do Poder Judiciário se intensificou muito no âmbito da efetivação de direitos fundamentais, quando o Poder Executivo e o Legislativo deixaram de fazê-lo ou retardaram demasiadamente aquilo que a Constituição garante aos seus tutelados.

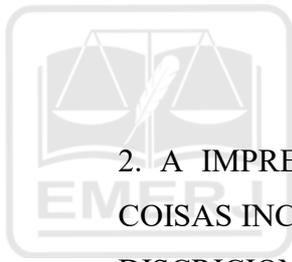
O constitucionalista Lênio Streck¹⁰ considera perigosa a realidade em que para a tutela de direitos fundamentais, o Poder Judiciário é quem efetiva políticas públicas, pois para o autor “o ponto central nessa discussão é o de que as políticas públicas não estão à disposição do Poder Judiciário [...] Diria eu [Lênio]: não dá para fazer um estado social com base em decisões judiciais”.

Sem ousar fazer previsões para o futuro, uma vez que falar da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo não é falar de algo estático, mas sim dinâmico, crê-se que o ativismo judicial perdurará. Diante disso, sugere-se abandonar a concepção idealizada acerca das capacidades institucionais dos Três Poderes e a visão rígida do Princípio da Separação de Poderes.

Não se sugere aqui, de maneira nenhuma, uma supremacia judicial. Pelo contrário, se sugere que haja independência judicial, porém com mecanismos de referibilidade e responsividade¹¹ no exercício da jurisdição. Tudo isso para que a cada amanhecer dos novos dias não surjam instrumentos de ativismo judicial que não possuam respaldo na Constituição de 1988 ou na lei, mas tão somente na retórica do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰ STRECK, Lênio. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Conjur, 24 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

¹¹ Trata-se, obviamente, de um modelo que procura combinar razoável medida de responsabilidade política e social com razoável medida de responsabilidade jurídica, em todos os seus subtipos principais – penal, civil e disciplinar –, evitando, de um lado, subordinar os juízes aos poderes políticos, aos partidos políticos e a outras organizações sociais e também a ações vexatórias de litigantes irritados, iludindo, porém, de outro lado, o isolamento corporativo da magistratura e igualmente a anarquia incontrollada e irresponsável dos membros individuais do judiciário”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989, p. 89.



2. A IMPRECIÇÃO DO CONCEITO DE LITÍGIO ESTRUTURAL DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, A POSTURA DE ATIVISMO JUDICIAL E O RISCO DE DISCRICIONARIEDADES

Em novembro de 1997, a partir da *Sentencia de Unificaciòn* (SU-559/1997¹²) da Corte Constitucional da Colômbia, pela primeira vez, cunhou-se uma decisão de natureza estrutural de Declaração de Estado de Coisas Inconstitucional. Na mencionada decisão, a Corte colombiana reconheceu a violação de direitos previdenciários de professores municipais. Posteriormente, a técnica decisória foi empregada em mais nove casos, sendo os mais famosos os relacionados aos estabelecimentos carcerários (*Sentencia T-153/98*¹³), à filiação ao sistema de seguridade social (SU-090/2000¹⁴) e aos deslocamentos internos (*Sentencia T-025/04*¹⁵).

Assim, a jurisprudência da Corte Constitucional colombiana desenvolveu a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional para solucionar casos estruturais de prolongada atuação deficitária no âmbito das políticas públicas e de consequentes violações de direitos fundamentais.

Quando se declara o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), nas lições de Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹⁶:

[...] 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 [...].

Em outras palavras, o ECI pode ser reconhecido a partir (i) da violação generalizada e sistemática de vários direitos fundamentais, que afete número significativo de pessoas, (ii) da omissão prolongada das autoridades competentes para sanar tais violações, (iii) da existência de falha estatal estrutural, em razão de atuação deficitária dos poderes Legislativo e Executivo

¹² CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença SU-559/1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

¹³ Id. *Sentença T-153/98*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

¹⁴ Id. *Sentença SU-090/2000*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU090-00.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

¹⁵ Id. *Sentença T-025/04*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

¹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn1>. Acesso em: 10 jul. 2018.



e (iv) da existência de um problema social cuja solução requeira a intervenção de várias entidades, por meio de um conjunto ordenado de ações. Diante desse quadro, o Poder Judiciário vê-se legitimado a formular e implementar políticas públicas, tanto em razão de seu papel Constitucional de dar efetividade aos direitos fundamentais quanto pela possibilidade de haver inúmeras ações, tramitando no Poder Judiciário, tratando das mesmas violações de direitos.

A declaração do ECI é uma decisão estrutural, ou seja, não se trata de uma decisão tradicional. Por meio da declaração de existência de um litígio estrutural, a Corte assume postura ativista atípica e apresenta uma intervenção mais ampla, isto é, a Corte fixa soluções estruturais voltadas à formulação e à execução de políticas públicas. Tal medida possui reflexos sociais, orçamentários, políticos e na própria gestão do Poder Executivo.

No Brasil, o tema ganhou relevância e projeção a partir do julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347, em setembro de 2015, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, no Supremo Tribunal Federal, na qual foi adotada a técnica de Declaração de Estado de Coisas Inconstitucional na jurisdição constitucional brasileira no âmbito do sistema carcerário.

O STF ainda não julgou o mérito da ADPF, mas apreciou liminarmente alguns pedidos, oportunidade em que reconheceu que no sistema carcerário brasileiro há violação generalizada dos direitos fundamentais dos presos. Na ação, pediu-se ao STF¹⁷, além da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, que:

[...] a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do CPP; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; [...]

Ainda outros pedidos liminares¹⁸ foram feitos, dentre os quais, a Corte deferiu o pedido de implantação de audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias e a liberação do saldo

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

¹⁸ [...] d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão [...]; e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena [...]; f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal e g) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f” [...]. Ibid.



acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado.

O que se questiona, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, é a respeito dos limites da declaração de existência de um litígio estrutural, isto é, porque apesar dos parâmetros identificados como autorizadores para reconhecimento do ECI, de acordo com a teoria desenvolvida pela Corte colombiana e também discutida pela própria Corte brasileira, verifica-se que os conceitos são demasiadamente amplos. Desta forma, como parte do próprio conceito, sabe-se que na declaração do ECI, o Poder Judiciário, por consequência, adota um ativismo judicial atípico amplo no âmbito das políticas públicas e com importantes consequências na relação com os demais poderes de Estado.

O jurista Lênio Streck¹⁹, ferrenho crítico do ativismo judicial, apresenta relevantes discussões a respeito do ECI. Dentre elas, questiona como o Judiciário irá escolher as prioridades diante das tantas violações massivas de direitos fundamentais que ocorrem na realidade brasileira todos os dias, o que põe em destaque o perigo de haver discricionariedades.

[...] o que quero dizer é que, em sendo factível/correta a tese do ECI, a palavra “estruturante” poderá ser um guarda-chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo quer, desde os presídios ao salário mínimo. Mas, qual será a estrutura a ser inconstitucionalizada? Sabemos que, em uma democracia, quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe [...].

Prosseguem os questionamentos do autor²⁰:

[...] qual é o limite de uma inconstitucionalidade? Temo que, com o tempo, a simples evocação do ECI seja motivo para que se reconheça qualquer tipo de demanda por inconstitucionalidade ao Judiciário. O que não é inconstitucional? [...] É por isso mesmo que, com a vênua da decisão do STF (ADPF 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica — vista de forma cindida — sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar [...].

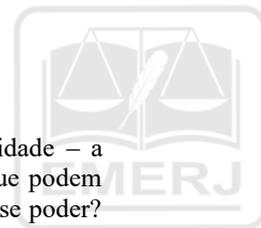
Os professores Raffele De Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo²¹ também fazem duras críticas ao ECI e a apontam a dificuldade de se estabelecer limites a essa técnica:

[...] sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça. Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais. Proferidas as decisões com base nesse conceito, quem as executará?

¹⁹ STRECK, op. cit., nota 10.

²⁰ Ibid.

²¹ DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estado de coisas inconstitucional. Estadão*, São Paulo, 19 set. 2015. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 25 jul. 2018.



O guarda da esquina? O vereador do bairro? Se a fonte jurídica da autoridade – a Constituição – é ameaçada pelo ECI, o que dizer da autoridade daqueles que podem aplicar o conceito? Quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder? [...].

A crítica que se pretende fazer não tem por finalidade concluir pela não aplicação do ECI à realidade brasileira pelo Poder Judiciário, tampouco sugerir a não aplicação da Constituição e da lei a partir da perpetuação da violação de determinados direitos fundamentais e a conformação com a atuação omissiva de agentes públicos e políticos quanto à implementação de políticas públicas. O que se pretende, é reconhecer o ECI como mais uma faceta da judicialização da administração pública e chamar a atenção para o contexto social e político atual do Estado brasileiro, ciente de que a crise existente entre os poderes pode se agravar ainda mais, quando o Poder Judiciário, ao declarar o ECI, agir supletivamente ao Poder Executivo.

Desta forma, o que não se pode deixar de ponderar é que dado o grau de intervenção judicial, a jurisprudência deverá delinear com cautela as circunstâncias em que reconhecerá existir um ECI e deverá limitar-se a declará-lo somente em casos excepcionais, sob pena de tudo ser considerado inconstitucional.

3. A ATIVIDADE JURISDICIONAL NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, A PROPOSTA DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E A TENTATIVA DE EVITAR A SUPREMACIA JUDICIAL

Importa discutir o que se dará a partir da Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, tendo em vista que nesse momento o Poder Judiciário determinará ações concretas as serem tomadas para a superação da crise estrutural. Em outras palavras, como de fato serão adotadas as políticas públicas necessárias para fazer cessar a violação massiva de direitos fundamentais identificada no caso concreto? Será mesmo o Poder Judiciário o legitimado a identificar todas elas e executar as políticas públicas? Não se estará perigosamente adentrando num “sobredomínio” do Poder Judiciário, em que ele é quem dá a última palavra?

Implementar políticas públicas significa “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatuais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”²². Diante do conceito apresentado, como

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, 1997. Disponível em: <http://direito.unb.br/images/Pos-Graduacao/Processo_Seletivo/Processo_Seletivo_2016/Prova_de_Conteudo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.



compatibilizar a sentença estrutural proferida pelo Poder Judiciário com as questões orçamentárias e a reserva do possível²³?

Seguramente, todas as questões apresentadas acima são de difícilíssima solução. Analisada a situação brasileira atual, não se descuida do fato de que o Poder Judiciário tem sido ativista também em razão dos demais Poderes estarem ocupados com outras atividades que não as suas atribuições precípua. Sabe-se, ainda, que a crise econômica e financeira praticamente retirou dos estados-membros e principalmente dos pequenos municípios a autonomia administrativa outorgada pela própria Constituição da República. Pois muitos se encontram atados, sem condições de pagar ao funcionalismo público, terceirizados e prestadores de serviços, honrar contratos, e destinar recursos para saúde, educação, moradia e segurança. Com isso, a população sofre e definha e o Poder Judiciário, surge, com seus heróis - alguns até usam capa - e determina ações que, individualmente ou coletivamente, promovem alguma melhora social.

Não se pretende que o Judiciário deixe de ouvir e atender aos seus jurisdicionados. Apenas se considera importante que as medidas que este Poder tomar não prejudiquem a gestão do administrador público e nem inviabilize o orçamento público.

Sobre o tema, o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos²⁴, dá a seguinte direção:

[...] as cortes devem ser cientes das próprias limitações. Devem saber que não podem resolver o quadro atuando isoladamente, e que de nada adiantará proferirem decisões impossíveis de serem cumpridas. Cortes devem adotar ordens flexíveis e monitorar a sua execução, em vez de adotar ordens rígidas e se afastar da fase de implementação das medidas. Em vez de supremacia judicial, as cortes devem abrir e manter o diálogo com as demais instituições em torno das melhores soluções. O ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico [...].

Assim, vê-se que não será possível superar o quadro de inconstitucionalidade identificado quando da declaração de um ECI por meio de instrumentos tradicionais de controle jurisdicional. Como o autor Carlos Alexandre acima identificou, é necessário que se abra e mantenha diálogo com as demais instituições²⁵, afim de que haja cooperação, o que certamente proporcionará maior coesão e estabilidade à ordem constitucional.

²³ [...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase infinitas a serem por ele supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

²⁴ CAMPOS, op. cit., nota 16.

²⁵ A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário). A solução requer ações orquestradas, a passagem do concerto (com C) institucional para o conserto (com S) do quadro inconstitucional. BRASIL, op. cit., nota 17.

Verifica-se, então, a necessidade de uma releitura da forma de atuar das instituições, porque o comportamento isolacionista das instituições não atende às atuais demandas sociais e políticas. Ademais, sendo o reconhecimento do ECI, como já discutido, mais uma faceta do ativismo judicial, para que se afaste o risco de supremacia judicial, é necessário que as Cortes, no âmbito de sua intervenção estrutural, atuem mediante cooperação dos demais Poderes.

Por existir limites à capacidade institucional do Poder Judiciário e a necessidade de cooperação entre as instituições, o autor Carlos Alexandre²⁶ entende que a partir da sentença estrutural devem ser observadas as seguintes medidas:

[...] essas ordens devem ser implementadas seguidas de processos de monitoramento pelas cortes, nos quais deverá ocorrer, mediante audiências públicas, amplo debate, entre os atores políticos e sociais envolvidos, acerca da qualidade das políticas públicas formuladas e o sucesso de sua implementação. O monitoramento contínuo, nesses termos, ostenta virtudes tanto democrático-deliberativos quanto pragmáticas; favorece o debate inclusivo e oportuniza o alcance de bons resultados práticos [...].

No julgamento da ADPF nº 347, o relator, Ministro Marco Aurélio Mello²⁷, fez ponderações no mesmo sentido do que foi dito anteriormente:

[...] nada [...] autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. [...] Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias [...].

Observa-se, então, que a Corte²⁸, ao aplicar a técnica da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, identificou que não seria possível agir isoladamente e reconheceu a necessidade de cooperação institucional, acrescentando que

[...] ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações [...].

²⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Bahia: JusPodivm, 2016, p. 23.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 17.

²⁸ Ibid.



Constata-se, então, que o diálogo institucional é importante não só para diminuir a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas que essencialmente a exigem, mas também como forma de otimizar o cumprimento das decisões judiciais. Pois, conforme acima pontuou o autor Carlos Alexandre, ao indicar medidas que devem ser tomadas a partir de uma sentença estrutural, o diálogo institucional oportuniza o alcance de bons resultados práticos.

Andrey Arruda²⁹ acrescenta que o Supremo Tribunal Federal, ao proferir uma sentença estrutural, terá atuação harmônica e compatível com o princípio da Separação de Poderes, pois as medidas a serem tomadas serão, sobretudo, de auxílio. Nas palavras do autor:

[...] buscará o Supremo [...] não penetrar como uma flecha na estrutura e atuação dos outros dois poderes, mesmo impondo na sentença estrutural as coisas que podem ser modificadas por causa do Estado de Coisas Inconstitucional, mas sim tentar auxiliá-lo através de fiscalização, audiências pública e incentivo, para que o problema social, institucional e político possa ser revertido e tais direitos violentamente violados por omissão destes poderes possam ser respeitados e concretizados, e tal posicionamento do guardião da Constituição Federal não afetar a Separação dos Poderes, haja vista, a doutrina atual e mais flexível [...], entender que estes poderes devem ser harmônicos e não separados, devendo um auxiliar o outro [...], bem como suas independências não significam isolamento, mas sim autonomia em suas decisões [...].

Assim, embora o ativismo judicial deva sempre ser observado com algum grau de cautela e desconfiança, há de se reconhecer que a aplicação da técnica do Estado de Coisas Inconstitucional poderá trazer bons resultados práticos para a garantia de direitos fundamentais. Dito de outra forma, verifica-se que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser mais do que uma ferramenta do ativismo, pode ser um instrumento de diálogo e cooperação entre os Poderes e a sociedade para a superação de situações de inegável violação sistemática de direitos fundamentais.

Desta forma, longe de se apregoar uma supremacia judicial e defender que quem deve dar a última palavra sobre a Constituição é tão somente o Poder Judiciário, sugere-se olhares atentos ao comportamento assertivo deste Poder, sobretudo ao do Supremo Tribunal Federal. Importante, também, aguardar os desdobramentos da aplicação da técnica de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional na jurisprudência brasileira, sem, nesse momento, fazer grandes previsões futurísticas. E enxergar nesse novo instrumento a possibilidade de maiores garantias aos direitos fundamentais e de estabelecimento e fortalecimento dos diálogos institucionais, porque o que se busca, na verdade, é velar pela supremacia da Constituição.

²⁹ ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. *Estado de Coisas Inconstitucional: uma nova fórmula de atuar do STF*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 145, fev. 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16813>. Acesso em: 23 nov. 2018.

CONCLUSÃO

Este trabalho preocupou-se em discutir a técnica de Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento de cautelar na ADPF nº 347, quando este reconheceu a violação massiva de direitos fundamentais da população carcerária do país, como mais um instrumento do ativismo judicial do Poder Judiciário brasileiro, bem como as objeções levantadas em face de seu reconhecimento e da atuação da jurisdição constitucional em litígios denominados estruturais.

A denominada independência e harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário deve ter como objetivo principal a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Mas como já discutido neste trabalho, não mais se pode entender o princípio da separação de poderes sob um viés estático em que cada poder possui uma cartela rígida de atribuições. Pelo contrário, deve se considerar que o agir das instituições de poder deve observar o agir das outras, de forma que haja respeito, em lugar de abusos e, sobretudo, que se estabeleça uma nova realidade, e nesta haja cooperação e diálogo institucional.

No momento de constatação do litígio estrutural e da fixação de ações a serem tomadas por diversas autoridades públicas a fim de fazer cessar o quadro de inconstitucionalidades verificado no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da constituição e com vistas à tutela dos direitos e garantias fundamentais possui um papel a observar. Defende-se aqui que não se implemente a supremacia judicial, mas que a Corte Constitucional se apresente como um agente que vai retirar as demais autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas.

Esse papel que deve ser observado pelo STF se coaduna com a proposta deste trabalho no sentido de que a capacidade institucional do Poder Judiciário possui limites e que o comportamento isolacionista não atende às atuais demandas sociais, isto é, não pode o Poder Judiciário pretender legislar, julgar e executar. O que se sugere é que as instâncias de poder aprendam a desenvolver o diálogo e a cooperação institucional, com vistas a proporcionar maior coesão e estabilidade à ordem constitucional.

Como mencionado, o papel que se sugere a ser observado pelo STF consiste em provocar uma onda de mudanças, estimular a atuação dos outros agentes públicos, desenvolver debates e acompanhar a implementação das mudanças. Nesta proposta, não há espaço para protagonismos judiciais, muito menos para discricionariedades. Para superar as múltiplas crises



sofridas hoje pelo povo brasileiro, dentre as muitas medidas que se deve tomar é superar a crise existente entre os Poderes do Estado. O papel de protagonista que exerce o Poder Judiciário pode fazer garantir no plano individual ou coletivo a tutela de alguns direitos, mas acirra a crise entre as instâncias, e não traz credibilidade e estabilidade ao Estado brasileiro.

O reconhecimento do Estado de Inconstitucionalidade no âmbito do sistema carcerário brasileiro trouxe a lume importante discussão: debater os presidiários como sujeitos de direito e não como coisa. Assim, mesmo tratando com desconfiança os instrumentos do ativismo judicial, entende-se que é possível sim que esta técnica seja aplicada para maiores garantias dos direitos fundamentais e para estabelecimento e fortalecimento dos diálogos institucionais, porque o que se busca, na verdade, é velar pela supremacia da Constituição.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. *Estado de Coisas Inconstitucional: uma nova fórmula de atuar do STF*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 145, fev. 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16813>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, p. 6. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, 1997. Disponível em: <http://direito.unb.br/images/Pos-Graduacao/Processo_Seletivo/Processo_Seletivo_2016/Prova_de_Conteudo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Orgs.).



Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn1>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Bahia: JusPodivm, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença SU-559/1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. *Sentença T-153/98*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

_____. *Sentença SU-090/2000*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU090-00.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

_____. *Sentença T-025/04*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estado de coisas inconstitucional*. *Estadão*, São Paulo, 19 set. 2015. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na Fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição constitucional e Política*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lênio. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. *Conjur*, 24 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 16 jul. 2018.



O CONSENSUALISMO COMO MEIO DE PERSECUÇÃO DA FINALIDADE PÚBLICA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Alexandre Augusto Noronha Dias da Cruz

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo – No cenário das contratações públicas, a Lei de Licitações fornece ao Estado uma série de vantagens e poderes de alteração dos contratos celebrados, com base no interesse público. Este último, historicamente, sempre serviu de premissa teórica para justificar a preponderância da Administração sobre a vontade particular, muito embora seja impossível definir, com precisão e de forma estanque, o que representa a finalidade pública. Justamente em razão da fluidez do conceito de interesse público, é essencial refletir sobre o manejo das prerrogativas da Administração na realização de sua função executiva e a possibilidade de aplicação de uma nova visão filosófica até então não abraçada pela doutrina e jurisprudência do Direito Administrativo.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Contratos Administrativos. Cláusulas exorbitantes. Indisponibilidade do Interesse Público. Consensualismo.

Sumário – Introdução. 1. A Dogmática da Indisponibilidade do Interesse Público *versus* Interesse Público por meio do Consenso 2. A Legitimidade das Cláusulas Exorbitantes no Estado Democrático de Direito 3. A Administração Pública Dialógica nas Contratações Públicas como uma Opção de Alto Risco e Grande Recompensa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o consensualismo como um fenômeno que vem paulatinamente ganhando força na seara do Direito Administrativo, e busca fixar parâmetros para uma atuação do gestor público mais otimizada, pautada primordialmente pela eficiência, refutando a concepção clássica da Administração legal-formalista, que tem por traços marcantes a burocracia e o abuso de sua posição de superioridade nos contratos administrativos.

As cláusulas exorbitantes, manifestação emblemática dessa sobreposição contratual estatal, nada mais são que poderes de alteração contratual impingidos pela Administração ao particular, em nome do bem comum, sempre foram vistas como inquestionáveis pela doutrina e jurisprudência tradicionais.

O interesse público é o cerne existencial de todo Estado Democrático de Direito, e é evidente que deve o administrador adotar os melhores mecanismos concebíveis para a concreção dessa finalidade pública. Contudo, após mais de duas décadas de vigência do Estatuto de Licitações e Contratos, traz-se a lume antigos conceitos do regime jurídico administrativo, como a supremacia do interesse público e sua indisponibilidade, dando-lhes



nova filtragem axiológica, para aferir se as prerrogativas unilaterais do Poder Público remanescem até hoje como dogma no efetivo atendimento dos anseios sociais.

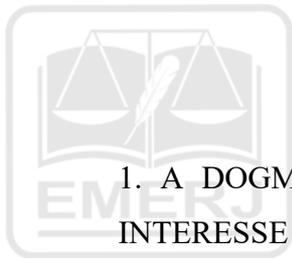
O tema possui relevância em âmbito nacional, uma vez que a atividade licitatória e posterior contratação não se limitam a aspectos econômicos, mas são instrumentos para a consecução tanto do objeto imediato da contratação quanto de outros interesses paralelos da coletividade, como o fomento a determinados segmentos produtivos e a inclusão social, os quais também devem integrar o conceito de uma atividade administrativa ideal. Nesse prospecto, a dinamização das relações contratuais por meio do diálogo entre Estado e setor privado representa característica crucial.

Nessa linha, o primeiro capítulo busca uma análise histórica do pensamento jusfilosófico dominante quando da promulgação da Constituição Federal e do advento da Lei 8.666/93, até a sedimentação tardia do pós-positivismo no Brasil, em meados da década de 2000, se atentando para o fato de que a própria concepção filosófica do ordenamento jurídico sofreu alterações, sendo perfeitamente possível, até mesmo preferencial, a integração de institutos de negociação com o interessado na contratação e de diálogo com a sociedade no desempenho da função administrativa.

Fixada a premissa ideológica, o segundo capítulo se debruça sobre as cláusulas de privilégio do Poder Público nos contratos administrativos, ponderando seus aspectos de legalidade e legitimidade na atuação concreta do administrador.

O terceiro capítulo sugere vertente de implementação prática das tendências de consensualismo e flexibilização do rigor formal da lei, visto que uma construção filosófica que não encontra aplicação na realidade fática tende a se tornar inócua. Ao fim, o capítulo assevera a possibilidade de se esculpir uma Administração Pública atuando em cooperação com o setor privado no cumprimento de uma profusão de objetivos concretos, todos abarcados sob a égide abstrata do interesse público.

Adota-se o método hipotético-dedutivo para sustentar a tese, com a formulação de proposições hipotéticas e submissão destas à análise crítica do pesquisador em face do arcabouço legislativo pertinente. Logo, por seu aspecto valorativo, trata-se de pesquisa eminentemente qualitativa.



1. A DOGMÁTICA DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO *VERSUS* INTERESSE PÚBLICO POR MEIO DO CONSENSO

A expressão positivismo jurídico comporta múltiplas dimensões significativas. Talvez um de seus precursores mais emblemáticos se encontre no Código Civil Francês de 1804, que teve papel determinante na disseminação do direito em forma codificada. Com base nos ideários iluministas da Revolução Francesa, o Código Napoleônico buscou estabelecer um direito simples, unitário e aplicável a todos¹, rompendo com os moldes absolutistas. Em razão das inúmeras arbitrariedades cometidas pelo regime monárquico recém abolido, havia a concepção de que o direito posto, a lei escrita, refletia a vontade do povo, de modo que deveria ser obedecido em sua literalidade².

Por sua vez, Kelsen³ buscava atribuir feição epistemológica a esse positivismo jurídico, separando o Direito e da Moral, buscando compreender a ordem jurídica como um conjunto de normas em si mesmo. Tais pensamentos contribuíram para a formação do sistema da *civil law* ou direito romano-germânico, o qual serviu de herança para o direito brasileiro.

Luiz Roberto Barroso⁴ é categórico ao afirmar que o positivismo teve como legado o afastamento do Direito da Filosofia e de discussões envolvendo legitimidade e justiça, equiparando-o essencialmente ao próprio texto escrito da lei, e possibilitando que Estados-nação se utilizassem do manto da legalidade para instaurar regimes que representaram verdadeira degeneração no processo evolutivo da humanidade.

Em que pese ser possível afirmar que o constituinte de 1988, ao iniciar nova ordem jurídica, já o fizesse sob as ondas do pós-positivismo, é certo que no Brasil essa concepção jusfilosófica só veio a ganhar concretude no início Século XXI, quando a doutrina passou a desenvolver o tema. Barroso⁵, ao abordar a concepção pós-positivista, a conceitua como uma “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras” e sustenta que “o discurso acerca dos princípios,

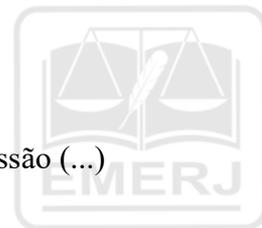
¹BOBBIO, Noberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra, Tradução e Notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 65.

²WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. *Revista dos Tribunais Online*: Revista de Processo v. 172 p. 3-4, jun. 2009.

³BROCHADO, Mariá. *Magistratura*: Noções Gerais de Direito e Formação Humanística. Niterói: Ímpetus, 2012, p. 23.

⁴BARRROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 240, p. 4, abr./jun. 2005.

⁵Id. O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 232, p. 147, abr./jun. 2003.



da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética deve ter repercussão (...) sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas.”

Logo, do ponto de vista filosófico, o pós-positivismo é a marca do verdadeiro Estado Democrático de Direito, buscando firmar uma ordem jurídica com supedâneo histórico-axiológico, e não formal-legalista, em prestígio aos direitos fundamentais e à máxima da dignidade da pessoa humana como elemento nuclear do sistema.

Essa construção filosófica tem relevância quando se discute a aplicação do princípio da legalidade à luz do regime jurídico administrativo. Pelo referido regime entende-se o conjunto de normas de direito público que dão perfil verticalizado à Administração Pública em suas relações aos particulares, fixando-lhe prerrogativas e sujeições.⁶ Ao contrário do Poder Legislativo e Judiciário, o Estado Executivo ainda demonstra recalcitrância ao pós-positivismo e retém, em sua função típica administrativa, a mesma postura imperativa oriunda dos tempos de absolutismo.⁷

Mais especificamente, no que tange à supremacia do interesse público sobre o privado, a tradicional doutrina administrativista sempre sustentou a sobreposição do interesse coletivo em face do particular. A única ressalva seriam os próprios direitos fundamentais, contra os quais o interesse público não poderá ser brandido⁸, pois como já demonstrado, constituem o alicerce precípua, jusfilosófico, do Estado Democrático de Direito.

No entanto, modernamente, existe abalizada doutrina⁹ que sustenta que a supressão do interesse particular em face ao interesse público não poderia ser presumida, assumindo valor dogmático, absoluto, mas sim dependente de análise casuística. Dessa forma assevera Alexandre dos Santos Aragão¹⁰:

de fato, as situações disciplinadas pelo direito público são muito mais complexas do que aquela que poderia ser resolvida por uma abstrata e geral prevalência do interesse público sobre o interesse privado. O que deve ser feito é ponderar os diversos interesses juridicamente tutelados que estiverem em jogo, sejam eles públicos ou privados (...). Não existe uma norma geral constitucional ou legal de prevalência do interesse público. (...) A jurisprudência já tem avançado em refutar invocações retóricas e generalistas do interesse público para justificar restrições a direitos, apesar de elas ainda serem bem comuns [...]

⁶PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 129-130.

⁷MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: ano 1, n. 3, p. 3-4, out./dez. 2003.

⁸ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 106.

⁹Ibid., p. 107-108.

¹⁰Ibid.



Já a outra faceta da supremacia do interesse público seria sua indisponibilidade, representando limitações ao Poder Estatal no atendimento do bem comum. E nesse âmbito, reflexões doutrinárias mais atuais acerca do tema sustentam que um determinado grau de disponibilidade do interesse público não corresponderia ao seu sacrifício, mas sim ao seu atendimento aperfeiçoado, sendo certo que em determinados casos a celebração de um acordo com o particular pode cumprir melhor a finalidade pública que uma imposição unilateral irrefletida com base na lei positiva¹¹.

Quanto ao princípio da legalidade, a tradicional assertiva, inúmeras vezes reverberada pelos operadores do direito, de que a Administração obedece o princípio da legalidade estrita, somente podendo fazer o que for previsto por lei somente há de permanecer verdadeira se, levando em conta a sedimentação do pós-positivismo e interpretação valorativa provisória, perpetuamente mutante no sistema jurídico, a chamada legalidade for entendida em sentido amplo, em atendimento não apenas à lei estrita, mas a princípios que expressam diretamente os objetivos constitucionais, o que a doutrina vanguardista denomina juridicidade¹².

E por conseguinte, não há qualquer óbice, a não ser a falta de inovação legislativa concertada, para que o consensualismo ganhe espaço em detrimento da colisão de interesses entre Administração e particular, colisão que ocorre devido à adoção da acepção clássica da Administração baseada no *jus imperii*, e carecedora de superação diante dos arquétipos atuais do Direito.

Expoente no tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹³ com razão já alertava para o consenso como forma alternativa de ação estatal e meio de alcance de uma democracia substantiva, em que a participação da sociedade nas políticas públicas acarretaria maior eficiência e efetividade social, sendo dever das variadas instituições da Administração Direta e Indireta de instituir processos participativos adequados, sugerindo a desmitificação do conceito positivista de interesse público¹⁴.

Esclarece-se que, embora se faça crítica ao positivismo, ao mesmo tempo é forçoso reconhecer que a cultura positivista é elemento histórico de uma nação, herança da qual é impossível o desprendimento.

E já que assim o é, afigura-se válido, ao longo dos próximos capítulos, analisar a legislação pertinente e lhe sugerir alterações que representem aproximação a valores pós-positivistas. Mas, desde já, defende-se que a solução mais adequada a qualquer anseio da

¹¹ Ibid., p. 109.

¹² Ibid., p. 85.

¹³ MOREIRA NETO, op. cit., p. 1.

¹⁴ Ibid., p. 4.



coletividade reside na convergência de atuações dos envolvidos, sendo mais apta a gerar pacificação social a lei que oportunizar a formação de acordos em seu texto, do que aquela que traz solução rígida pré-concebida.

2. A LEGITIMIDADE DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como já referenciado, os pressupostos dogmáticos do Direito Administrativo têm origem no absolutismo, pressupondo a relação entre Estado e seus súditos por meio do exercício do poder de império daquele. Trata-se de uma assimetria que dá gênese igualmente a normas orientadoras e a regras fechadas no texto normativo. Modernamente, atrela-se o *jus imperii* à finalidade pública, deixando de lado o termo “arbitrariedade” de tempos monárquicos para se falar em prerrogativas do Estado¹⁵.

Os contratos administrativos são justamente aqueles imbuídos pelas nuances do regime publicista, e por essa interpretação histórica, inexoravelmente acarretam relação contratual verticalizada, ostentando cláusulas de disposição unilateral por uma das partes, as quais resultariam nulidade plena em qualquer outro cenário contratual. São as chamadas cláusulas exorbitantes, nota distintiva dessa espécie contratual, que são as prerrogativas do Poder Público de impingir sua vontade ao contratado, independentemente da vontade deste último¹⁶.

Nessa esteira, dispõe o art. 58 da Lei nº 8.666/93¹⁷ sobre os poderes da Administração dentro do contrato, quais sejam, a modificação e rescisão unilaterais do vínculo contratual, fiscalização, aplicação de sanções por descumprimento da avença, possibilidade de ocupação temporária de bens privados a depender da essencialidade do objeto contratual. Poder-se-ia citar também a admissão da *exceptio non adimpleti contractus* apenas de forma diferida, nos moldes do art. 78, XV da Lei de Licitações¹⁸.

Ao tratar do tema, Marcos Juruena Villela Souto¹⁹, adepto à implementação do consensualismo e da flexibilização das cláusulas exorbitantes, ressalta o fato de a Constituição

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de ; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 572-574.

¹⁶ ARAGÃO, op. cit., p. 377.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ SOUTO apud MOREIRA NETO. In: ARAGÃO, op. cit., p. 472.



da República Federativa do Brasil²⁰ de 1988 prever tão somente a busca da finalidade pública e os respeitos aos princípios administrativos, de modo que não há supedâneo expresso às cláusulas exorbitantes em seu texto. Por serem obra do legislador infraconstitucional, as cláusulas de modificação unilateral não gozam da mesma deferência que uma norma prevista pelo constituinte.

Em outras palavras, não há qualquer óbice posto pela CRFB/88²¹ para que o legislador forneça novo tratamento às cláusulas exorbitantes. Atualmente, por ser a Lei nº 8.666/93²² produto do pensamento do século passado, ainda se encontra fortemente imbuída do espírito de assimetria estatal em suas relações, de forma que as faculdades de alteração unilaterais são conferidas de forma apriorística à Administração, e sequer há exigência de que constem no instrumento convocatório da licitação ou no contrato administrativo, sendo presumidas, implícitas em qualquer vínculo contratual regido pelo direito público.

Cita-se trecho de artigo²³ da revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro sobre o modelo de licitações adotado pelo ordenamento pátrio:

[...] priorizou-se o estabelecimento de um procedimento com inúmeras exigências e fases para a escolha do contratado privado, (...) pois acreditava-se que a ênfase no excesso de formalismo seria fundamental para mitigar os desvios éticos na condução das contratações públicas. Os recentes escândalos de corrupção revelam, no entanto, que esse modelo não foi capaz de ilidir a corrupção. E o que é pior: (...) estimulou a concentração no setor público de empresas especializadas em burocracia licitatória, produzindo externalidades negativas que agravam ainda mais o denominado Custo Brasil [...]

Sobre esse aspecto, Moreira Neto²⁴ joga luz sobre determinadas destavantages dessa forma de consecução dos objetivos estatais: a imprecisão e insegurança dos resultados advindos do manejo das prerrogativas da Administração nas transações como traço absoluto, comprometendo a eficiência; o encarecimento dos custos na contratação pela chamada álea administrativa (alteração unilateral pelo Estado), também agredindo a eficiência; e a falta de transparência e mácula ao princípio da proteção da confiança legítima do particular contratado.

A fim de evitar esses efeitos perniciosos, faz-se necessário que o interesse público seja reinterpretado para que se abandone a concepção clássica de interesse público genérico, que é

²⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

²¹Ibid.

²²BRASIL, op. cit., nota 17.

²³NEVES, Aloysio. *Contratações Públicas, burocracia e o custo Brasil*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: O Tribunal, v. 2, nº 11, jan./jun. 2016.

²⁴MOREIRA NETO. In: ARAGÃO, op. cit., p. 582.



a permissiva geral para as atuações mais esdrúxulas da Administração, e se admita que a Administração somente conheça interesses públicos em concreto, casuísticos, os quais exigem detalhada análise pelo executor público para que sejam alcançados.²⁵

Neste ponto, parece fulcral ressaltar que, se o próprio interesse público não pode ser reduzido a uma fórmula abstrata e genérica, igualmente as cláusulas exorbitantes não poderiam ser aferidas abstratamente, como o fez o legislador infraconstitucional, pois estas são corolário dele, interesse público.

Outrossim, a atuação administrativa dentro do Estado Democrático de Direito não se subsume tão somente à obediência à legalidade e atuação nos moldes dados pela lei, mas se ampara no pós-positivismo para exigir que, além de legal, a atuação pública seja também reconhecida pelo ordenamento e pela sociedade, assim entendida pelo nível de efetivação dos direitos fundamentais que atinge.

O pós-positivismo, no que tange à Administração Pública, representa a busca pela eficiência administrativa, que não se restringe à economicidade do negócio celebrado, mas abrange também a concreção de outros direitos fundamentais e busca de resultados não econômicos à primeira vista, todos amparados pela Constituição.²⁶ A título exemplificativo podem ser citados os direitos difusos, de titularidade de toda coletividade indeterminável, como o direito ao meio ambiente equilibrado e a inclusão de minorias no setor produtivo.

Se é certo que o contratado possui direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por expressa previsão constitucional no art. 37, XXI da CRFB/88²⁷, tal direito não pode ser visto como limiar das garantias do particular na contratação, mas sim como mínimo inicial garantido, devendo ser admitidas outras estipulações contratuais em nome da busca pelo resultado mais eficiente possível. E, por que não, inclusive com a renúncia contratual pelo Leviatã de um ou outro poder de alteração unilateral, se disso resultar melhor proposta pelo particular, que vê diminuído o risco de ingerência estatal no ajuste, respeitada, obviamente, a inovação legislativa que deve preceder a aplicação do consensualismo nos moldes aqui expostos.

E frise-se, não se busca retirar poderes do gestor da coisa pública, dificultando sua missão constitucional, mas por meio da delimitação concreta e previsão específica de quais prerrogativas poderiam ser empregadas pela Administração em cada vínculo contratual, estar-

²⁵MOREIRA NETO. In: ARAGÃO, op. cit., p. 585.

²⁶OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As tendências das licitações públicas na administração pública de resultados. *Revista Jurídica Consulex*. v. 393, nº 393, 2013, p. 32-33. Disponível em: <http://www.professorrafaeloliveira.com.br/leitura.asp?id_noticia=162>. Acesso em: 21 jun. 2018.

²⁷ARAGÃO, op. cit., p. 381.



se-ia exigindo do próprio administrador uma atuação mais diligente e aprofundada, mais *específica*, tal qual a finalidade pública concreta perseguida, em vez de um gestor distante e adepto a padrões burocráticos, prestigiando-se o princípio da eficiência.

Dentro desses valores pós-positivistas, conclui-se que o tratamento hoje conferido às cláusulas exorbitantes, tanto pelo legislador infraconstitucional quanto pelo chefe de governo na adoção dessas prerrogativas estatais, já se mostra obsoleto, incapaz de dar resposta adequada aos anseios sociais, perpetuamente dinâmicos e nunca monocromáticos.

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO UMA OPÇÃO DE ALTO RISCO E GRANDE RECOMPENSA

A intervenção direta do Estado na exploração de atividades econômicas e prestação de serviços não é preferencial, pois conduz à ineficiência na execução das finalidades administrativas, sendo gradualmente substituído pela atuação estatal indireta, gerencial. Este molde de atuação administrativa é pautado pela busca de resultados em detrimento de formalidades procedimentais, com a descentralização de atividades e constante fiscalização do desempenho daqueles que atuam ao lado do Estado, visando garantir os direitos fundamentais e a correção de assimetrias mercadológicas, acarretando desenvolvimento nacional²⁸.

Para compreender o avanço que representa a figura da Administração Pública por meio do diálogo, deve-se resgatar a noção filosófica habermasiana de Direito, aqui referido como esfera de valor que rege as relações de uma sociedade. Trata-se de mudança de paradigma em que somente se vê racionalidade nas ações humanas quando estas são previamente organizadas entre si, de modo que o valor Justiça não mais significa um conjunto ideal-abstrato instituído²⁹.

Enxergar as ações humanas com base nas interações do homem na sociedade, de modo que o alcance de um consenso racional, e portanto, legítimo, apenas seria possível por meio da participação popular, oportunizando a todos o discurso e a possibilidade de influenciar a tomada de decisões. A legitimidade do Direito não mais reside no poder de punir os desconformes ao poder soberano, mas no discurso coordenado de diferentes atores sociais,

²⁸OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018. p. 586-590.

²⁹SÁ, Alexandre de Albuquerque. Reflexões sobre a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e o Direito. In: GURGEL, Claudia (coord.); MELLO, Cleyson de Moraes (coord.); GUERRA, Sônia (coord.); *Dignidade, Direito e Filosofia: estudos em homenagem à André Fontes*. Juiz de Fora: Editar, 2017. p. 439-442.



sendo essencial que aqueles que se submeterão à norma jurídica tenham participado de sua elaboração³⁰.

A Administração Pública Dialógica é decorrência desse pensamento aplicado à função executiva típica, trazendo democratização e legitimidade ao processo de formação e execução de políticas públicas.

Não obstante, a implementação de uma visão mais negocial no cenário licitatório-contratual demanda certa cautela em sua análise, pois não se busca deturpar a Lei de Licitações³¹ em um convite aberto ao arbítrio dos contratantes. A manipulação do certame e o comprometimento do caráter competitivo pelos licitantes ou pelo agente público encarregado é um problema endêmico de longa data, ao qual a burocratização em excesso e a visão formalista-positivista proveram solo fértil para o enraizamento de tais práticas no cerne da cultura nacional.

Reconhece-se que a aplicabilidade prática do consenso proposta neste estudo, com a possibilidade de flexibilização de alguma cláusula exorbitante de antemão, representa um desafio para o Direito Administrativo brasileiro.

Nesse ponto, parece importante apontar o Ministério Público como um ator em potencial nessa mudança de eixo axiológico. Até a inauguração da nova ordem jurídica em 1988, ao *Parquet* incumbia a fiscalização da lei e a titularidade do poder punitivo do Estado. Após a CRFB/88³² o Ministério Público passou a contar com novos mecanismos de ação, ganhando vulto seu papel de defensor dos interesses coletivos *lato sensu* e na luta contra atos de improbidade administrativa³³. O art. 127 do texto constitucional³⁴ traz redação ampla, representando verdadeira cláusula aberta para as possibilidades de atuação ministerial.

Cita-se o entendimento de Carlos Vinícius Alves Ribeiro³⁵, cuja tese de mestrado culminou em livro sobre o tema:

[...] o que importa não é detalhar, como já dito, de forma taxativa, todas as atribuições do Ministério Público, até porque a Constituição da República e as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos não fixaram rol fechado, mas um quadro, uma noção, sendo possível ao Ministério Público exercer atividades até então impensadas

³⁰Ibid.

³¹BRASIL, op. cit., nota 17.

³²BRASIL, op. cit., nota 20.

³³PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. Prefácio. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ministério Público - funções extrajudiciais*: histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.22-23.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 20.

³⁵RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ministério Público - funções extrajudiciais*: histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 65-66.



na defesa dos interesses metaindividuais ou de pessoas consideradas hipossuficientes por lei, acompanhando, assim, o desenvolvimento da sociedade.

Exposta tal conceituação, parece acertado atrelar as cláusulas orientadoras da atuação ministerial com as finalidades licitatórias e a lisura da competição, que são rigorosamente as mesmas, todas ligadas ao interesse público e portanto, envolvendo interesses metaindividuais e o próprio desenvolvimento nacional.

Destaca-se que a função extrajudicial do Ministério Público deve ser uma vertente pujante da instituição. Como exemplo, menciona-se o art. 8º, §1º da Lei nº 8429/92³⁶ que prevê a possibilidade de atuação extrajudicial no inquérito civil público, o qual é presidido pelo próprio membro do *Parquet*, sendo plenamente possível que o Ministério Público cumpra sua missão constitucional prescindindo da judicialização da questão³⁷.

E nesse tocante, observa-se que a Lei nº 8.666/93³⁸ apenas menciona o Ministério Público ao tratar de notícia ao *Parquet* sobre a ocorrência de ilícitos na licitação, de forma que o texto legislativo fomenta uma atuação eminentemente repressiva do Ministério Público.

Contudo, por aqui se defender a atuação ministerial preventiva, seria salutar a alteração da norma procedimental licitatória para que fosse incluída a previsão de participação do Ministério Público ao longo dos atos sequenciais de obtenção da proposta mais vantajosa.

A intervenção de uma instituição autônoma decerto teria o condão de inibir a má gestão da coisa pública e a improbidade administrativa, possibilitando a descoberta do ilícito mais rapidamente, ou até mesmo o seu não cometimento, quando no panorama atual a descoberta tardia da nocividade permite o sucateamento da estrutura do Poder Público ao longo dos anos.

A título exemplificativo, defendensável a edição pelo legislador de participação obrigatória do *Parquet* ao final da fase de habilitação dos licitantes (art. 27 da Lei nº 8.666/93³⁹), como também seria igualmente oportuna norma prevendo a intervenção do *Parquet* ao final do julgamento das propostas (art. 45 da Lei nº 8.666/93⁴⁰) e antes da homologação pela Administração.

Ambas as fases citadas são janelas estratégicas para o cometimento de fraudes no certame e gastos irregulares de dinheiros públicos. Com o olhar do Ministério Público, seria possível a celebração de contratos administrativos com cláusulas personalizadas, imbuídas de

³⁶BRASIL. *Lei nº 8.429, de 21 de junho de 1992.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

³⁷RIBEIRO, op. cit., p. 77.

³⁸BRASIL, op. cit., nota 17.

³⁹Ibid.

⁴⁰Ibid.



verdadeiro consenso, de acordo com a necessidade concreta da Administração e também do particular, satisfazendo em maior grau o interesse de ambas as partes.

Na contramão, poder-se-ia argumentar que o Ministério Público pode atuar de ofício ou quando provocado, a qualquer tempo, na defesa do interesse público, inclusive no decorrer da licitação, sendo redundante tal alteração normativa. Ocorre que a previsão genérica e eventual da possibilidade de atuação não se mostra suficiente para fornecer a proteção necessária e correspondente à envergadura dos interesses em jogo, sendo certo que a edição de norma infraconstitucional fixando a participação compulsória do *Parquet* estaria apenas reforçando o comando constitucional do art. 127 da CRFB/88⁴¹.

Ademais, outra possível crítica à atuação do Ministério Público entremeada nas fases da licitação seria o comprometimento da eficiência pela maior morosidade e custo do procedimento. Para essa problemática, salienta-se que a intervenção do Ministério Público não pode importar em paralisação do certame, salvo flagrante ilegalidade, sob pena de comprometer a finalidade pública. Para tanto, a informatização do processo administrativo se apresenta como peça-chave. E além, deve ser exigida do próprio Ministério Público uma atuação célere, devendo a instituição estar atenta ao *mínus* público que exerce e ao princípio da eficiência, especializando a atuação de seus membros.

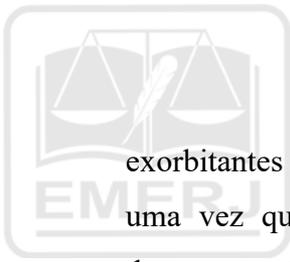
CONCLUSÃO

O primado pela eficiência representa a fase atual, como também o futuro do Direito Administrativo. Embora já incorporado ao ordenamento jurídico como cláusula aberta à ponderação de interesses, a aplicação aprofundada do consensualismo parece ser a etapa mais moderna de concreção dos interesses públicos pelo administrador. Fala-se, então, em um contrato muito mais negociado e menos legalizado.

Para que se atinja essa nova etapa, é imprescindível a desconstrução de alguns conceitos, tidos por grande parte da comunidade jurídica como verdades absolutas, tais quais as cláusulas exorbitantes.

Essas cláusulas são poderes gerais de ingerência do Estado na relação contratual que autorizam o comodismo no exercício da função típica administrativa, pois é permitido ao gestor público alterar unilateralmente o pactuado se entender que a linha de ação adotada por ele próprio à época da contratação não fora a melhor; da mesma forma, as cláusulas

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 20.



exorbitantes não ponderadas acarretam o encarecimento dos contratos celebrados, uma vez que o particular inexoravelmente irá buscar ressalvas aos eventuais prejuízos decorrentes da posição de superioridade da Administração e suas arbitrariedades.

A fim de inibir esse efeito danoso, a indisponibilidade e busca do interesse público devem ser repensadas, não para sacrificar os interesses coletivos, mas para que o interesse público não sirva de justificativa para uma postura beligerante em opressão ao particular contratado.

Afasta-se dogmatismos de Estado verticalizado para que se possa compreender que a real virtude da atuação administrativa não se encontra no direito positivado, pois a lei jamais será capaz de prever a atuação otimizada da Administração para todo caso concreto. Ao se possibilitar a negociação e renúncia de uma ou outra prerrogativa contratual do Estado, estar-se-ia permitindo nada menos que a continuação da seleção da proposta mais vantajosa, fornecendo mais estabilidade à relação contratual. A norma atual, contudo, não permite tal elasticidade.

A real virtude do administrador, portanto, encontra-se em discernir justamente quais são as melhores formas de disposição da máquina pública para que se possa atingir a finalidade pública e o desenvolvimento conjunto do Estado e do setor privado por meio das contratações públicas. O presente estudo tentou elucidar que a atuação nesses moldes deve se basear, desde o início, na ponderação de interesses e na busca do diálogo com as partes envolvidas, alcançando a satisfação de interesses em grau evidentemente maior que uma solução imposta pela legalidade estrita.

Trata-se de tarefa hercúlea incumbida ao Executivo, que se realizada sem a devida deferência, poderia ser desfigurada em campo fértil para a improbidade administrativa. Por essa razão a intervenção concomitante de outros atores sociais e institucionais deve ser considerada, notadamente o Ministério Público, ganhando especial destaque seu potencial papel no ambiente das licitações e contratações públicas.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 240, abr./jun. 2005.

_____. O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 232, abr./jun. 2003.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra, Tradução e Notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. *Lei nº 8.429*, de 21 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BROCHADO, Mariá. *Magistratura: Noções Gerais de Direito e Formação Humanística*. Niterói: Ímpetus, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: ano 1, n. 3, out./dez. 2003.

_____. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de ; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NEVES, Aloysio. Contratações Públicas, burocracia e o custo Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: O Tribunal, v. 2, nº 11, jan./jun. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As tendências das licitações públicas na administração pública de resultados. *Revista Jurídica Consulex*. v. 393, nº 393, 2013. Disponível em: <http://www.professorrafaeloliveira.com.br/leitura.asp?id_noticia=162>. Acesso em: 21 jun. 2018.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.



. Prefácio. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ministério Público - funções extrajudiciais: histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ministério Público - funções extrajudiciais: histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SÁ, Alexandre de Albuquerque. Reflexões sobre a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e o Direito. In: GURGEL, Claudia (coord.); MELLO, Cleyson de Moraes (coord.); GUERRA, Sônia (coord.); *Dignidade, Direito e Filosofia: estudos em homenagem à André Fontes*. Juiz de Fora: Editar, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. *Revista dos Tribunais Online*: Revista de Processo v. 172, jun. 2009.

ASTREINTES: A (IM)POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MULTA VENCIDA À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Alexandre Rodrigues Lassance

Técnico de Atividade Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O presente artigo analisa a possibilidade de redução da multa vencida à luz do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15. Inicialmente, identificam-se a origem, a natureza jurídica e o conceito das *astreintes*, a fim de constatar se o valor de crédito gerado pela sua frustração possui vinculação com o conteúdo econômico da obrigação e se é cabível falar em enriquecimento sem causa. Realiza-se uma leitura hermenêutica dos dispositivos do CPC/15, com o fito de verificar se os seus limites semânticos implicam a impossibilidade de redução da multa vencida. Finalmente, indaga-se sobre a existência de um direito adquirido ao valor de crédito gerado pela frustração da multa.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. *Astreintes*. Multa vencida. Redução.

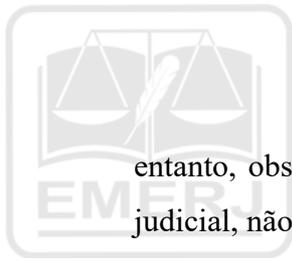
Sumário – Introdução. 1. A relação entre o valor da multa e o conteúdo econômico da obrigação: enriquecimento sem causa e (des)vinculação entre o valor do crédito gerado pela frustração da multa e o conteúdo econômico da obrigação. 2. A (im)possibilidade de redução do valor do crédito gerado pela frustração da multa, de acordo com os limites semânticos dos textos do CPC/15. 3. Direito de crédito gerado pela frustração da multa: a (in)existência de um direito adquirido. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a temática da redução da multa vencida à luz do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15. Objetiva-se analisar os argumentos a favor da redução da multa vencida e aqueles que sejam contrários a ela, por meio da verificação da coerência e da cientificidade daqueles, bem como apresentar uma resposta constitucionalmente adequada a essa problemática.

A multa coercitiva, comumente conhecida como *astreintes*, é uma das medidas executivas mais frequentemente aplicadas no dia a dia forense. Aliás, seria possível afirmar que talvez as *astreintes* sejam a medida executiva mais aplicada pelo Judiciário brasileiro, no que tange ao cumprimento de obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa.

A recalcitrância ao cumprimento da obrigação por parte do executado é situação corriqueira, de modo que a frustração da multa gera um direito de crédito ao exequente. No



entanto, observa-se que esse direito de crédito pode vir a ser solapado por meio de decisão judicial, não no momento de incidência da multa, mas no momento de sua execução.

Consequentemente, a posterior redução do valor do crédito decorrente da frustração da multa fragiliza a própria medida executiva. Desse modo, sabendo o executado que o valor do crédito será reduzido posteriormente, a multa perde a coerção necessária para constrangê-lo a cumprir tempestivamente a decisão judicial.

O CPC/15 teve como uma de suas finalidades pôr termo à discussão sobre esse tema. No entanto, passados mais de dois anos de sua vigência, ainda há divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a questão.

Assim, no primeiro capítulo, com o fito de permitir uma melhor compreensão sobre o tema, é explicitada a origem da multa coercitiva, sua natureza jurídica e seu conceito. Com isso, pretende-se demonstrar que não há relação entre o valor do crédito gerado pela frustração da multa e o conteúdo econômico da obrigação, bem como não é cabível falar em enriquecimento sem causa.

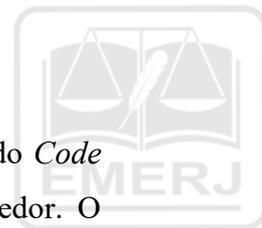
O segundo capítulo tem como finalidade definir os limites semânticos dos textos do CPC/15. Trata-se de uma leitura hermenêutica da questão, de modo a constatar que esses limites implicam a possibilidade de redução do valor do crédito gerado pela frustração da multa, ainda que em hipóteses excepcionais.

No terceiro e último capítulo, examina-se até que ponto vai o direito de crédito gerado pela frustração da multa. O resultado desse questionamento fornece subsídios para defender que esse direito não se trata de um direito adquirido.

No que concerne à abordagem, a pesquisa é qualitativa. Em relação ao objetivo, esta possui predominante caráter explicativo. Por fim, a pesquisa tem como procedimento escolhido o bibliográfico.

1. A RELAÇÃO ENTRE O VALOR DA MULTA E O CONTEÚDO ECONÔMICO DA OBRIGAÇÃO: ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E (DES)VINCULAÇÃO ENTRE O VALOR DO CRÉDITO GERADO PELA FRUSTRAÇÃO DA MULTA E O CONTEÚDO ECONÔMICO DA OBRIGAÇÃO

Para falar sobre qualquer instituto jurídico, necessário é que se apresente sua origem, sua natureza jurídica e seu conceito. Isso permite situar o local de fala do emissor da mensagem, bem como encadear o pensamento de forma lógica diante das premissas estabelecidas. Dito isso, passa-se à análise da origem das *astreintes*.



Segundo Guilherme Rizzo Amaral¹, após a Revolução Francesa e a edição do *Code Napoléon* – Código Civil francês de 1804, houve uma excessiva proteção ao devedor. O brocardo *nemo potest praecise cogi ad factum* – ninguém pode ser compelido a prestar um fato contra a sua vontade – tornou-se regra jurídica, com base no art. 1.142 do *Code Napoléon*².

Fredie Didier Jr. et al, citados por Edenildo Souza Couto³, afirmam que essa regra decorreu da influência do liberalismo, cujas premissas fundamentais consistiam na preservação da vontade individual e na possibilidade de tudo ser convertido em dinheiro. Assim, o devedor sempre poderia transformar qualquer espécie de obrigação em valores monetários, ainda que em detrimento do próprio direito material pertencente ao credor.

Desse modo, para Guilherme Rizzo Amaral⁴, a obrigação de fazer ou de não fazer era considerada juridicamente não obrigatória. Logo, o devedor poderia optar por cumprir a obrigação ou pagar seu equivalente pecuniário, na forma de perdas e danos.

É exatamente neste contexto que surgem as *astreintes*. Conforme o autor⁵, estas foram uma criação jurisprudencial, à margem dos textos legais, o que gerou fortes críticas doutrinárias no sentido de serem *contra legem*.

De acordo com Araken de Assis⁶, os tribunais franceses, com a finalidade de pressionar a vontade do obrigado, passaram a aplicar multa de valor extraordinário e extremamente gravosa. A multa agia, portanto, como uma sanção indireta ao inadimplemento.

Guilherme Rizzo Amaral⁷, de outro giro, assevera que, diante da forte crítica doutrinária, a força das *astreintes* foi atenuada, de modo que seu valor passou a integrar o montante da indenização por perdas e danos. Aduz, outrossim, que, por mais de um século, as *astreintes* consistiam em uma espécie de indenização adiantada das perdas e danos, no caso de a decisão judicial não ser cumprida.

Portanto, constata-se que, embora com a finalidade de pressionar psicologicamente o devedor, as *astreintes* originalmente possuíam natureza indenizatória. No entanto, isso perdurou até 1959, ocasião em que a Primeira Câmara da Corte de Cassação determinou que as *astreintes* não se destinavam a compensar prejuízos decorrentes de atraso no

¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33.

² Ibid. COUTO, Edenildo Souza. *Astreintes*: teoria e prática: uma abordagem em conformidade com o novo código de processo civil (Lei n. 13.105/2015). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 18.

³ DIDIER JR., Fredie et al apud COUTO, op. cit.

⁴ AMARAL, op. cit.

⁵ Ibid.

⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 847.

⁷ AMARAL, op. cit.



descumprimento de decisões, mas visavam a vencer a resistência do obrigado⁸. Em 1972, foi editada a Lei nº 72-626, a primeira lei francesa a tratar das *astreintes*⁹. Desde então, esse instituto vem sendo aprimorado por via legislativa e jurisprudencial.

No direito brasileiro, Guilherme Rizzo Amaral¹⁰ leciona que as *astreintes* já eram previstas no Código de Processo Civil de 1939 – CPC/39, ainda que houvesse várias restrições à sua força coercitiva. Todavia, assevera o autor¹¹ que, apenas sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 – CPC/73, as *astreintes* tornaram-se o mecanismo preferencial na busca da tutela específica das obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa.

De acordo com o autor¹², esse instituto foi sendo aperfeiçoado por meio de leis especiais como a Lei de Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e o Estatuto do Idoso. Além disso, também o foi por meio das Leis nº 8.952/94, nº 10.444/02, nº 11.232/05 e nº 11.382/06, as quais reformaram o CPC/73.

Dessarte, embora as *astreintes* estejam presentes no ordenamento jurídico brasileiro desde o CPC/39, vê-se que esse instituto vem sendo aprimorado pela via legislativa durante as últimas décadas. A edição do CPC/15¹³, por sua vez, foi uma oportunidade para dar continuidade ao desenvolvimento das *astreintes*, razão pela qual novas e detalhadas regras sobre elas foram incluídas.

Ademais, é de fundamental importância conhecer a origem francesa das *astreintes*, a fim de que estas não sejam confundidas com a multa decorrente da prática de ato atentatório à dignidade da justiça prevista no art. 77, § 2º, do CPC/15¹⁴. De fato, segundo Guilherme Rizzo Amaral¹⁵, esta multa foi inspirada no *contempt of court*, instituto punitivo de origem inglesa, cujo fim visa a assegurar o respeito e a obediência às decisões judiciais.

Esclarecida a origem do instituto, importa compreender sua natureza jurídica, o que permitirá conceituá-lo posteriormente. Sobre a natureza jurídica, Guilherme Rizzo Amaral¹⁶

⁸ AMARAL, op. cit., p. 34.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid., p. 47-48.

¹¹ Ibid., p. 48-49.

¹² Ibid., p. 49-62.

¹³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ AMARAL, op. cit., p. 36-42, 70-75.

¹⁶ Ibid., p. 70.



assevera que as *astreintes* constituem-se em técnica de tutela, pois são um “meio para o cumprimento efetivo da função jurisdicional *lato sensu*”.

Argumenta o autor¹⁷ que, diferentemente do *contempt of court*, as *astreintes* não possuem uma eficácia moralizadora, nem se destinam a proteger a dignidade e a autoridade do Poder Judiciário. Isso decorre do caráter coercitivo e acessório das *astreintes*.

Coercitivo, pois não se trata de uma penalidade. A multa não tem uma finalidade sancionatória ou reparatória, mas visa a pressionar psicologicamente o devedor, para que este cumpra a decisão judicial.

Acessório, pois “como técnica destinada ao alcance de determinado fim, só têm razão de existir quando este fim ainda é almejado”¹⁸. Assim, se a parte não possui o direito à tutela específica, não há sentido em se adotar técnica para essa finalidade.

Compreendidas a natureza das *astreintes* e suas características, torna-se possível estabelecer um conceito. Portanto, Guilherme Rizzo Amaral¹⁹ conclui que as *astreintes* são uma técnica de tutela coercitiva e acessória, que tem como objetivo pressionar o réu para que este cumpra mandamento judicial. Desse modo, a pressão é exercida por meio de ameaça ao seu patrimônio, consubstanciada em multa periódica a incidir em caso de descumprimento.

Edenildo Souza Couto²⁰ faz apenas uma ressalva em relação a esse conceito, pois frisa que não é apenas o réu que pode ser sujeito às *astreintes*. Assim, pode-se dizer que as *astreintes* são uma:

[...] técnica de natureza coercitiva e acessória, cujo escopo precípuo é o de pressionar o devedor para que este cumpra a ordem judicial, por meio de ameaça ao seu patrimônio, consubstanciada em multa a incidir em caso de descumprimento, a fim de permitir a maximização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Apresentadas a origem, a natureza jurídica e o conceito das *astreintes*, passa-se à primeira questão deste artigo: o valor do crédito gerado pela frustração da multa teria alguma relação com o conteúdo econômico da obrigação?

De início, é importante repisar que as *astreintes* são um meio coercitivo. Logo, não possuem uma natureza sancionatória ou reparatória. Diante dessa natureza coercitiva, Fredie Didier Jr. et al²¹ afirmam que, por não se tratar de uma indenização nem de uma punição,

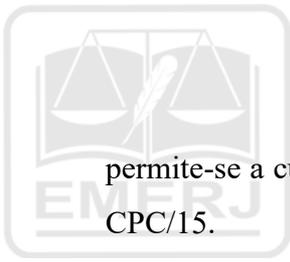
¹⁷ AMARAL, op. cit., p. 70-75.

¹⁸ Ibid., p. 79.

¹⁹ Ibid., p. 101.

²⁰ COUTO, op. cit., p. 22-23.

²¹ DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: execução*. 8. ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 615-616.



permite-se a cumulação da multa à indenização por perdas e danos, nos termos do art. 500 do CPC/15.

Nessa linha, os autores²² sustentam que, em razão de sua natureza, a multa não possui, *a priori*, um teto, um limite, um valor pré-limitado. Explicam que se a multa fosse indenizatória, necessariamente, ela deveria corresponder ao dano apurado. De outro lado, se ela fosse punitiva, estaria limitada ao valor da obrigação principal, a exemplo da cláusula penal prevista no art. 412 do Código Civil – CC.

Sobre a relação entre o valor da multa e o valor da obrigação, Alexandre Freitas Câmara²³ frisa que:

[é] muito importante perceber que a multa deve ser *suficiente* para constranger o devedor. Assim, deve ela ser fixada de acordo com a capacidade patrimonial do demandado, e não em conformidade com o valor da obrigação, ao qual a multa não se vincula em nenhuma hipótese.

Daniel Amorim Assumpção Neves²⁴, no mesmo sentido, aduz que essa liberdade concedida ao juiz na determinação do valor da multa resulta no fato de que não existe vinculação entre o seu valor e o valor da obrigação descumprida.

Diante dos argumentos expostos pelos doutrinadores, vê-se que a própria multa cominada pelo juiz não é vinculada ao valor da obrigação. Ora, se não há vinculação entre a multa cominada pelo juiz e o valor da obrigação, o crédito gerado pela frustração da multa também não o pode ser. Vale dizer, já consolidado o crédito pelo descumprimento da obrigação, não há como alegar que seu valor exorbita ao da obrigação, pois a multa nunca foi vinculada ao valor da obrigação.

Um dos argumentos para a redução da multa vencida é a alegação de que o credor da multa incorreria em enriquecimento sem causa. Como se sabe, enriquecimento sem causa é um conceito jurídico indeterminado. Logo, para se aplicá-lo é necessário explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, nos termos do art. 489, § 1º, II, do CPC/15²⁵.

De acordo com Flávio Tartuce²⁶, a ação que tem como finalidade afastar o enriquecimento sem causa deve preencher cinco pressupostos:

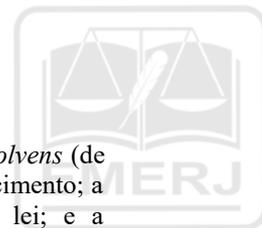
²² DIDIER JR., op. cit., p. 616.

²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 375.

²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 998.

²⁵ BRASIL, op. cit. nota 13.

²⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 325.



o enriquecimento do *accipiens* (de quem recebe); o empobrecimento do *solvens* (de quem paga); a relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; a inexistência de causa jurídica prevista por convenção das partes ou lei; e a inexistência de ação específica.

Desses pressupostos, ressalte-se o que versa sobre a inexistência de causa jurídica prevista por lei. Esse pressuposto, por uma razão muito simples, não está presente nos casos em que há aplicação de *astreintes*: a causa jurídica para o enriquecimento do credor é o descumprimento da decisão judicial.

É evidente que uma medida coercitiva só possui força em razão das consequências de seu descumprimento. Se o devedor descumpra a decisão judicial, presente está a causa jurídica legalmente prevista para o enriquecimento do credor.

Assim, vê-se que os julgadores e autores que defendem a redução da multa vencida com base no argumento do enriquecimento sem causa – unicamente em razão do valor do crédito gerado –, assim só o fazem, pois não discorrem sobre esse conceito jurídico indeterminado²⁷. Afinal, se eles o dissessem entrariam em uma contradição, pois perceberiam que não há elementos para se caracterizar o enriquecimento sem causa.

Para finalizar, conforme as lições de Bruno Garcia Redondo²⁸:

[a]inda que o valor da multa alcance um quantum ‘elevado’, ele jamais poderá ser considerado como ‘enriquecimento sem causa’ do credor, já que esta quantia tem pleno embasamento jurídico: o devedor, devidamente intimado a cumprir uma obrigação, sob pena de multa, optou por manter-se inadimplente [...].

Pelo exposto, demonstra-se que o crédito gerado pela frustração da multa é um direito autônomo, o qual não é vinculado ao valor da obrigação. Outrossim, falar em enriquecimento sem causa – unicamente em razão do valor do crédito gerado – é uma contradição em termos, pois esse enriquecimento possui uma causa jurídica legalmente estabelecida.

²⁷ Aliás, tratando-se de decisões judiciais, nesses casos há nulidade por ausência de fundamentação, nos moldes do art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 e dos arts. 11 e 489, § 1º, II, do CPC/15.

²⁸ REDONDO, apud COUTO, op. cit., p. 92.



2. A (IM)POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DO VALOR DO CRÉDITO GERADO PELA FRUSTRAÇÃO DA MULTA, DE ACORDO COM OS LIMITES SEMÂNTICOS DOS TEXTOS DO CPC/15

Neste capítulo, far-se-á uma leitura hermenêutica da questão. É preciso, porém, explicitar o que isso significa. Quando se diz leitura hermenêutica, não se quer dizer que será adotada a metodologia savignyana. Portanto, não se fará uma análise do texto legal com base em métodos de interpretação gramatical ou literal, lógico, sistemático, histórico e sociológico ou teleológico.

Conforme os ensinamentos de Eros Roberto Grau²⁹, esses métodos ou cânones de interpretação são insubsistentes, pois não existe uma metarregra que determine a hipótese em que cada cânone deveria ser aplicado. Com efeito, o uso desses métodos resulta em arbitrariedades, uma vez que eles “funcionam como justificativas a legitimar resultados que o intérprete se predeterminara a alcançar, cujo alcance não é, porém, determinado mediante seu uso. Funcionam como reserva de recursos de argumentação em poder dos intérpretes [...]”³⁰.

Para Luis Alberto Warat³¹, sob a aparência de uma reflexão científica, “os métodos de interpretação podem ser considerados o álibi retórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do Direito”. Desse modo, a subjetividade do intérprete é ocultada, o que permite “legitimar a neutralidade dos juristas e conferir-lhes um estatuto de cientistas”³².

Portanto, a análise hermenêutica que aqui será feita não se relaciona aos referidos métodos de interpretação. No dizer de Lenio Luiz Streck³³:

[o] método hermenêutico não pode se confundir aqui com os métodos de interpretação que se ligam à hermenêutica em sua acepção vulgar, nem mesmo com os de certas hermenêuticas em sentido próprio da fase especial, passando pela fase de teoria geral da interpretação, antes de chegar à hermenêutica chamada fundamental, na qual Heidegger a ressignifica.

Ainda de acordo com este autor³⁴, o método hermenêutico caracteriza-se pelo revolvimento do chão linguístico em que determinada tradição está assentada. Sua história institucional é reconstruída, de modo a desvelar o fenômeno.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes: (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 65.

³⁰ Ibid.

³¹ WARAT apud STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 143.

³² Ibid.

³³ STRECK, op. cit., p. 135.



Nesse ponto, é importante explicitar que o método hermenêutico pretende romper com a dicotomia texto-norma e vigência-validade. Assim, diz o autor³⁵, supera-se qualquer pretensão objetivista³⁶, pela qual a norma estaria “contida” no texto; bem como qualquer pretensão subjetivista³⁷, em que o texto perde importância, na medida em que o intérprete atribui “qualquer” norma a ele, baseado em determinado conjunto de valores.

Nessa esteira, compreendendo-se o texto como evento, não se pode dizer que ele seja tudo, nem que ele seja nada. Como diz Hans-Georg Gadamer³⁸, todos os objetos, atos etc. são textos, os quais sempre são interpretados. No entanto, isso nunca ocorre no vácuo. Quem quer compreender um texto, deve deixar que o texto lhe diga algo. Desde sempre, o intérprete já opera com um conjunto de elementos e categorias que o levam à compreensão.

Em razão disso, não é possível cindir o ato interpretativo nos tradicionais três momentos: *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*, ou seja, conhecimento, interpretação e aplicação. O processo hermenêutico é sempre produtivo, motivo pelo qual não se pode mais falar em interpretação como *Auslegung*, extração de sentido; mas como *Sinngebung*, atribuição de sentido.

Explicado o método hermenêutico, passa-se à reconstrução da história institucional da redução da multa no direito brasileiro.

No primeiro capítulo, foi dito que sucessivas leis alteraram o regramento das *astreintes*, desde a década de 1980 – por meio da Lei de Ação Civil Pública – até os anos 2000 – mediante as reformas do CPC/73. De acordo com Magno Federici Gomes, João Nélio Câmara Coelho e Elcio Nacur Rezende³⁹, porém, a efetivação do instituto das *astreintes* da maneira como ele se apresenta derivou da Lei nº 10.444/02.

Segundo os autores⁴⁰, essa lei incluiu o § 6º ao art. 461 do CPC/73, de modo a permitir que o juiz pudesse modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verificasse que esta tenha se tornado insuficiente ou excessiva. Embora essa regra tenha sido pensada para que o valor unitário da multa fosse sendo adequado no decurso do feito, Newton Coca

³⁴ STRECK, op. cit., p. 140.

³⁵ Ibid., p. 282.

³⁶ Cujo paradigma filosófico reside na metafísica clássica. Com base nesse paradigma, o sentido das coisas está nelas mesmas. As coisas possuem essências, de modo que ao sujeito compete revelá-las, descobri-las, extrair delas o sentido. Cf. STRECK, op. cit., p. 61-67, 123-128.

³⁷ Cujo paradigma filosófico reside na metafísica moderna. Com base nesse paradigma, o sentido das coisas é atribuído pelo sujeito. A consciência de si do sujeito pensante é o fundamento do sentido das coisas. Cf. STRECK, op. cit., p. 63-67, 129-133.

³⁸ GADAMER apud STRECK, op. cit., p. 21.

³⁹ GOMES, Magno Federici; COELHO, João Nélio Câmara; REZENDE, Elcio Nacur. *Astreintes e responsabilidade civil ambiental: regulamentação, interpretação e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 68-71.

⁴⁰ Ibid., p. 71.



Bastos Marzagão⁴¹ afirma que os tribunais passaram a invocar esse dispositivo com a finalidade de reduzir o valor do crédito gerado pela frustração da multa.

Desse modo, Magno Federici Gomes, João Nélio Câmara Coelho e Elcio Nacur Rezende⁴² demonstram que a jurisprudência firmou orientação no sentido de reduzir o valor do crédito gerado pela frustração da multa. A fundamentação para decisões desse jaez residia no argumento do enriquecimento sem causa, assim como nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma isolada ou cumulativa.

Essa orientação, contudo, gerava um estímulo ao próprio descumprimento da decisão. Araken de Assis⁴³ atinge o cerne da questão ao afirmar que:

[e]ventualmente, o valor da multa assumirá montante expressivo, como é da sua índole, e, embora aproveite ao exequente, rigorosamente inexistente enriquecimento sem causa: a causa reside na emissão do pronunciamento judicial e no descumprimento do preceito imputável ao executado. Aliás, vencido o exequente na causa principal, desaparece a causa de atribuição patrimonial, e, conseqüentemente, nada é devido pelo vencedor a título de pena (*infra*, 233). No entanto, quiçá constrangido pelo vulto da dívida, o STJ já reduziu a multa, no curso da execução, sob o pretexto de torná-la razoável. Pouco razoável, na verdade, é o estímulo implícito à atitude de desrespeitar a cominação da *astreinte*.

Com efeito, se o devedor já prevê que o valor do crédito gerado pela frustração da multa será posteriormente diminuído, não haveria razão para ele cumprir a decisão judicial no prazo adequado. É diante desse cenário que o CPC/15⁴⁴⁻⁴⁵ emerge.

Nessa esteira, o texto legal que trata das *astreintes* foi sensivelmente alterado. Diferentemente do que ocorreu com outras regras, cujos textos foram simplesmente copiados do CPC/73⁴⁶, houve novas disposições em relação às *astreintes*. A regra prevista no art. 461, § 6º, do CPC/73⁴⁷ encontra-se no atual art. 537, § 1º, do CPC/15⁴⁸.

A redação do art. 537, § 1º, do CPC/15⁴⁹, porém, menciona expressamente a multa vincenda ao dispor sobre a possibilidade de o juiz modificar o valor ou a periodicidade da

⁴¹ MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. *A Multa (Astreintes) na Tutela Específica: Atualizado com o Novo CPC 2015*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 192.

⁴² GOMES, Magno Federici; COELHO, João Nélio Câmara; REZENDE, Elcio Nacur. op. cit., p. 79-102.

⁴³ ASSIS, op. cit., p. 855.

⁴⁴ BRASIL, op. cit. nota 13.

⁴⁵ O primeiro código processual brasileiro discutido, deliberado, sancionado, promulgado e publicado sob a égide da CRFB.

⁴⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Id, op. cit. nota 13.

⁴⁹ Ibid.



multa. Essa menção é uma inovação legal, já que o art. 461, § 6º, do CPC/73⁵⁰ não fazia distinção entre multa vencida e multa vincenda. Transcrevem-se os referidos dispositivos para uma melhor análise:

CPC/73. Art. 461, § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

CPC/15. Art. 537, § 1º. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

Com base nesse novo texto legal, pode, então, o juiz modificar o valor da multa vencida?

De um lado, Alexandre Freitas Câmara⁵¹ sustenta que a multa vencida não pode ter seu valor alterado, na medida em que isso implica a redução do valor de um crédito já configurado pelo demandante, violando-se o direito adquirido ao crédito. Para o autor, pois, somente é possível alterar o valor ou a periodicidade da multa vincenda.

De outro lado, Fredie Didier Jr. et al⁵² também defendem que, em regra, a multa vencida não pode ser modificada, de forma que tal alteração somente tem eficácia prospectiva, *ex nunc*. No entanto, os autores afirmam que, excepcionalmente, a decisão judicial pode ter eficácia retroativa, *ex tunc*. Conforme os autores⁵³, pode haver casos em que o juiz apenas declare que a multa não incidiu, pois não haveria resultado útil a promover.

Além disso, argumentam que a redução da multa vencida poderia ser feita, com fundamento no dever do credor de mitigar o próprio prejuízo – *duty to mitigate the loss* –, bem como no princípio da boa-fé processual, o que embasaria a *supressio*. Portanto, ainda que de forma excepcional, os autores concebem a possibilidade de redução da multa vencida.

Araken de Assis⁵⁴, por sua vez, argumenta que o valor do crédito gerado pela frustração da multa pode ser reduzido, pois “[a] limitação às prestações vincendas envolve apenas a modificação, e, não, a exclusão, no todo ou em parte”⁵⁵.

Com efeito, apesar da divergência, percebe-se que há hipóteses em que o valor da multa vencida pode ser reduzido ou excluído, ainda que de forma excepcional. Assim, o texto

⁵⁰ BRASIL, op. cit. nota 46.

⁵¹ CÂMARA, op. cit., p. 375-376.

⁵² DIDIER JR., op. cit., p. 624-633.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ ASSIS, op. cit., p. 858-860.

⁵⁵ Ibid., p. 858.



do art. 537, § 1º, do CPC/15⁵⁶ demonstra que a regra é a eficácia prospectiva, *ex nunc*, da modificação ou exclusão da multa. Todavia, a simples menção à multa vencida não exclui a multa vencida do âmbito de aplicação da regra, seja pela perspectiva da não incidência da multa, seja pela aplicação do princípio da boa-fé.

Portanto, ao texto do art. 537, § 1º, do CPC/15⁵⁷ pode ser atribuído o sentido de que, excepcionalmente, a multa vencida pode ser reduzida.

3. DIREITO DE CRÉDITO GERADO PELA FRUSTRAÇÃO DA MULTA: A (IN)EXISTÊNCIA DE UM DIREITO ADQUIRIDO

Conforme foi dito no capítulo anterior, para Alexandre Freitas Câmara⁵⁸ o direito de crédito gerado pela frustração da multa é um direito adquirido, razão pela qual ele não pode ser reduzido por uma decisão judicial posterior. As premissas em que essa orientação se funda são muito bem explicadas no voto de sua lavra no julgamento da Apelação nº 0004083-10.2015.8.19.0073⁵⁹.

Nos termos do voto⁶⁰, o credor da obrigação inadimplida é o destinatário da multa. Desse modo, não cumprida a decisão no prazo, surge para o credor o direito de crédito de exigir do devedor o pagamento da multa vencida. Dessarte, o direito de exigir esse pagamento é incorporado ao patrimônio do credor a partir do momento em que se vence a multa.

Em seguida, define-se o que é um direito adquirido, a fim de demonstrar que o direito de crédito em tela se enquadra nesse conceito. Explica-se que o direito adquirido é “um direito subjetivo ainda não exercido, mas ‘exercitável e exigível à vontade de seu titular’”⁶¹. Com base nisso, conclui que o direito de crédito é um direito adquirido, pois:

[...] ultrapassado o prazo para cumprimento da decisão judicial, incide a multa. A cada dia (ou a cada unidade do período fixado pelo juízo) vence uma nova verba, que se torna exigível. O demandante, então, a cada dia (ou outra unidade de tempo) se torna credor de um certo valor de multa e esse seu direito de crédito é exigível conforme sua vontade. Nada há que force o demandante, credor da multa, a buscar receber logo (ou em certo prazo determinado, ressalvado, evidentemente, o prazo prescricional que aí incida) o valor da multa já vencida. Tem, pois, o credor *direito*

⁵⁶ BRASIL, op. cit. nota 13.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ CÂMARA, op. cit., p. 375-376.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0004083-10.2015.8.19.0073*. Relator: Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000479D32D6ED03DABFA0AA9F7138CB03D9BC50835395064&USER=>>>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

adquirido a receber a multa que já venceu. E esse direito, por ser adquirido, não pode ser suprimido do patrimônio do credor.⁶²

Portanto, diante desse entendimento, o valor do crédito gerado pela frustração da multa é um direito adquirido, o qual não pode ser reduzido por decisão judicial posterior com eficácia retroativa. Com o objetivo de aferir o acerto ou o erro dessa visão, é de fundamental importância que se examine até que ponto vai o direito de crédito gerado pela frustração da multa.

De fato, o beneficiário da multa é o credor da obrigação inadimplida, nos termos do art. 537, §2º, do CPC/15⁶³. Logo, essa premissa é válida. Em relação ao período de incidência da multa, a regra do art. 537, §4º, do CPC/15⁶⁴ dispõe que ela é devida desde o dia em que se configura o descumprimento da decisão, bem como incide enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. Assim, essa premissa também está correta.

No que tange à possibilidade de exercício do direito, a regra do art. 537, § 3º, do CPC/15⁶⁵ faculta ao credor a instauração de cumprimento provisório da decisão que fixa a multa. Portanto, essa premissa também é verdadeira.

Na medida em que todas as premissas são verdadeiras, a conclusão lógica a que se poderia chegar é: trata-se de direito adquirido. Entretanto, ainda não é possível afirmar isso. Embora todas as premissas sejam corretas, a tese do direito adquirido não examina um elemento de fundamental importância: a condicionabilidade desse direito de crédito em relação ao direito material deduzido em juízo.

A regra do art. 537, § 3º, parte final, do CPC/15⁶⁶, dispõe que o levantamento do valor depositado no cumprimento provisório somente será permitido após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. Quer isso dizer que a sentença favorável à parte é uma condição para que o próprio direito de crédito exista.

Essa regra existe em razão da acessoriedade das *astreintes*. Conforme dito no primeiro capítulo, essa medida coercitiva só tem razão de existir, na medida em que haja a possibilidade de alcançar o fim almejado: a satisfação da tutela específica. Por conseguinte, caso a parte não possua o direito à tutela específica, as *astreintes* perdem seu fundamento.

O uso de exemplo permite compreender melhor esse fenômeno. Pense-se no caso de, durante a fase de instrução probatória, ser concedida tutela provisória, a fim de determinar ao

⁶² BRASIL, op. cit nota 59.

⁶³ Id, op. cit. nota 13.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.



réu o cumprimento de uma obrigação de fazer, sob pena de multa coercitiva. O réu descumpre a decisão, razão pela qual o autor requer o cumprimento provisório do valor de crédito gerado pela frustração da multa. O réu deposita o valor, mas o juízo impede seu levantamento, com base na regra do art. 537, § 3º, parte final, do CPC/15⁶⁷. A sentença julga o pedido do autor improcedente, e este não recorre. Ocorre o trânsito em julgado da sentença desfavorável ao autor.

Nesse caso, embora a decisão interlocutória – com base em cognição sumária – tenha compelido o réu a cumprir determinada obrigação de fazer, a sentença – fundada em cognição exauriente – constatou que o autor não possuía direito à obrigação. Se o autor nem sequer possui direito à obrigação, como se pode exigir do réu que ele pague ao autor o valor resultante da frustração da multa coercitiva?

Uma vez que a acessoriedade é uma característica das *astreintes*, o valor gerado pela sua frustração perde a razão de ser, no caso de a tutela específica não existir. No caso em exame, transitada em julgado a sentença que julga o pedido improcedente, o direito de crédito decorrente da frustração da multa desaparece, de modo que o valor deve ser levantado pelo réu.

Constata-se, portanto, que o direito de crédito em tela não é um direito adquirido, pois, se o fosse, ele deveria subsistir independentemente do resultado do processo. Logo, se o CPC/15⁶⁸ condiciona o levantamento do valor depositado ao trânsito em julgado de sentença favorável à parte, vê-se que se trata de um direito de crédito condicionado a um evento futuro e incerto: sentença favorável à parte.

Imagine-se outra hipótese. Há sentença de procedência do pedido de obrigação de fazer transitada em julgado. Iniciado o cumprimento de sentença, o juízo determina que o réu cumpra a obrigação, sob pena de multa diária. O réu apresenta impugnação ao cumprimento de sentença, à qual não é atribuído efeito suspensivo, e descumpre a determinação judicial. Até a impugnação ser julgada, transcorrem-se trinta dias de descumprimento da decisão, o que equivale ao valor de trinta multas diárias. O juízo acolhe o requerimento de extinção do cumprimento de sentença, com base na inexigibilidade da obrigação, pois o título executivo judicial funda-se em lei considerada inconstitucional, em controle de constitucionalidade concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, declarada inexigível a obrigação, o título executivo judicial que dava lastro ao cumprimento de sentença perde sua força executiva. Essa perda decorre da

⁶⁷ BRASIL, op. cit. nota 13.

⁶⁸ Ibid.



necessidade de a execução ser fundada em título de obrigação certa, líquida e exigível, nos moldes do art. 783 do CPC/15⁶⁹.

Portanto, obrigação inexigível não é passível de ser executada. Não sendo passível de execução, a multa coercitiva perde sua razão de existência, pois não há sentido em coagir alguém a cumprir uma obrigação inexigível. Consequentemente, o próprio direito de crédito decorrente da frustração da multa desaparece.

Pelo exposto, demonstra-se que o direito de crédito decorrente da frustração da multa é um direito condicionado, pois ele somente haverá no caso de a parte possuir o direito à tutela específica. Sendo um direito condicionado, não é possível caracterizá-lo como adquirido. Afinal, como afirmar que há um direito adquirido, se uma sentença desfavorável ou uma decisão que julgue impugnação ao cumprimento de sentença têm o efeito de obliterar o crédito?

Portanto, vê-se que a tese do direito adquirido é incompatível com a característica da acessoriedade das *astreintes*. Consequentemente, a tese também é incompatível com a regra do art. 537, § 3º, parte final, do CPC/15⁷⁰. Posto isso, em relação ao direito de crédito decorrente da frustração de multa, não há falar em direito adquirido.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa analisou, como problema geral, a (im)possibilidade de redução do valor de crédito gerado pela frustração das *astreintes* à luz do CPC/15. Inicialmente, constatou-se que esse meio coercitivo oriundo do direito francês não possui uma relação com o conteúdo econômico da obrigação. Desse modo, o valor de crédito gerado pela sua frustração igualmente não se vincula ao conteúdo econômico da obrigação.

Verificou-se, ademais, que eventual enriquecimento gerado pela satisfação do direito de crédito possui uma causa jurídica válida: o descumprimento da decisão judicial. Logo, não há como o exequente incorrer em enriquecimento sem causa.

No que tange aos limites semânticos dos dispositivos do CPC/15, apurou-se que a expressa e exclusiva menção à expressão “multa vincenda” não impede que ao texto legal seja atribuído o sentido de que o valor de crédito gerado pela frustração da multa seja reduzido. Nessa linha, embora a regra seja a atribuição de eficácia prospectiva à modificação ou

⁶⁹ BRASIL, op. cit. nota 13.

⁷⁰ Ibid.



exclusão da multa, é excepcionalmente possível que haja decisão judicial que reduza o valor do crédito com eficácia retroativa.

Finalmente, examinou-se que o direito de crédito gerado pela frustração da multa, em razão da característica da acessoriedade, é um direito condicionado à possibilidade de satisfação da tutela específica. Diante disso, observou-se que não existe direito adquirido ao valor de crédito gerado pela frustração da multa.

Pelo exposto, concluiu-se que, à luz do CPC/15, em regra, o valor de crédito gerado pela frustração das *astreintes* não deve ser reduzido. Entretanto, excepcionalmente, com base no princípio da boa-fé processual ou baseado na declaração de não incidência de multa pela ausência de resultado útil, é possível a redução do valor desse crédito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. São Paulo: RT, 2018.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/impresao.htm>. Acesso em: 20 set. 2018

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0004083-10.2015.8.19.0073*. Relator: Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000479D32D6ED03DABFA0AA9F7138CB03D9BC50835395064&USER=>>>. Acesso em: 24 set. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COUTO, Edenildo Souza. *Astreintes: teoria e prática: uma abordagem em conformidade com o novo código de processo civil (Lei n. 13.105/2015)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: execução*. 8. ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2018.

GOMES, Magno Federici; COELHO, João Nélio Câmara; REZENDE, Elcio Nacur. *Astreintes e responsabilidade civil ambiental: regulamentação, interpretação e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.



MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. *A Multa (Astreintes) na Tutela Específica: Atualizado com o Novo CPC 2015*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.



A AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DO ART. 8º, §2º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Alinne Cavalli de Sousa

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo: O presente estudo pretende trazer reflexões sobre a ausência de efetividade da norma jurídica prevista no art. 8º, §2º do Código de Defesa do Consumidor em razão da falta de fiscalização precária, a possibilidade de aplicação de multa e condenação moral por dano coletivo e a necessidade da prestação de informação efetiva ao consumidor sobre os riscos inerentes à saúde pelo uso de produtos e serviços sem a devida higienização.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Tutela do Consumidor. Efetividade normativa. Fiscalização. Multa e dano moral coletivo. Informação efetiva. Proteção à saúde do consumidor.

Sumário: Sumário - Introdução. 1. A ausência de efetividade da norma prevista no art. 8º, §2º do CDC, diante da precária fiscalização do seu cumprimento pelo Poder Público. 2. A possibilidade de efetivação da norma prevista no §2º, do art. 8º do CDC, com aplicação de multa e condenação judicial por dano moral coletivo. 3. A necessidade de informação efetiva prestada ao consumidor sobre os riscos inerentes à sua saúde pelo uso de equipamentos e utensílios sem a higienização necessária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a função protetiva do Código de Defesa do Consumidor à coletividade, diante da ausência de efetividade da norma prevista no parágrafo 2º do art 8º do CDC e a importância da informação aos consumidores em potencial. A norma legal deve ser imposta de forma efetiva para que cumpra a função teleológica para a qual foi criada. Essa efetividade deve ser buscada pelo Poder Público, a fim de amenizar os riscos à saúde da população.

O Código de Defesa do Consumidor em cada um de seus dispositivos, tem como objetivo levar a informação ao consumidor. Diante da necessidade de segurança da saúde do consumidor frente ao grande aumento de transmissões por doenças infecciosas faz-se imprescindível que a lei seja levantada como um escudo diante da negligência do fornecedor por parte dos estabelecimentos comerciais.

Assim, não se discute a necessidade de proteção do consumidor diante dos riscos inerentes à utilização dos serviços prestados pelos estabelecimentos comerciais, como por exemplo, o uso de carrinhos de bebês em shopping centers, que podem ocasionar danos à

saúde.

Nas relações consumeristas, o fato do serviço (acidente de consumo) se dá quando o defeito atinge, não só a esfera econômica, mas também a incolumidade física ou moral do consumidor. Dessa maneira, os riscos a que o consumidor diariamente se expõe é sobremaneira acentuado, de modo a evoluir para um fenômeno social crônico, em razão do aumento de transmissão de doenças infecciosas, que assola as grandes cidades brasileiras.

Para tanto, serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais, de modo que se discuta a possibilidade da efetividade da norma nas relações consumeristas de fornecimento de serviço e a necessidade de informação dos possíveis riscos ao consumidor.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da ausência do cumprimento da norma prevista no art. 8º, 2º do CDC pelos fornecedores de serviço diante da inexistência de fiscalização do seu cumprimento pelo Poder Público.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a análise da possibilidade de dar efetividade a norma com a aplicação de multa e de condenação judicial do estabelecimento por dano moral coletivo, *in re ipsa*, no caso do descumprimento da norma.

O terceiro capítulo destina-se à defesa da necessidade de informação ao consumidor dos riscos inerentes ao uso irregular do serviço oferecido pelos estabelecimentos e as possíveis consequências diante da contaminação por doenças infecciosas.

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 sua tese.



1. A AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DA NORMA PREVISTA NO ART. 8º, §2º, DO CDC, DIANTE DA PRECÁRIA FISCALIZAÇÃO DO SEU CUMPRIMENTO PELO PODER PÚBLICO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é um conjunto de normas, um microsistema, que tem como função precípua a proteção e a defesa dos direitos do consumidor, assim como disciplinar as relações de consumo e as suas responsabilidades. A defesa do consumidor está prevista na Constituição Federal como um direito e uma garantia fundamental (art. 5º, XXXII). O direito do consumidor foi elevado à categoria dos direitos de 3ª dimensão, ou seja, os chamados direitos transindividuais. E por ser direito fundamental, a tutela protetiva vincula todo o restante do ordenamento jurídico brasileiro.

Após três décadas depois da edição do código consumerista a defesa do consumidor ainda encontra diversas barreiras a serem transpostas. Verifica-se que, mais do que nunca, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor precisa ser efetivo. Assim, defende-se a necessidade de uma tutela que seja efetiva plenamente, para que se torne concreta a proteção da dignidade humana e os direitos fundamentais postulados constitucionalmente acerca do consumidor.

O presente artigo visa abordar a ausência de efetividade da norma prevista no art. 8º, II do CDC¹:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

(..)

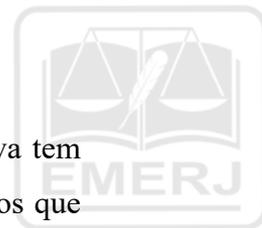
§ 2º O fornecedor deverá higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação.

É necessária a distinção entre eficácia e efetividade, e nesse sentido leciona Reale² que “A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana”.

Contudo a efetividade, nosso objeto, é a faculdade de produzir um efeito real. É também chamada de eficácia social, significa o cumprimento efetivo por parte de uma

¹BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.112.



sociedade, especificamente, a materialização dos preceitos normativos. A norma efetiva tem que possuir aptidão para reger os acontecimentos sociais tutelados, resultando os efeitos que lhe são inerentes.

Sabe-se que o consumidor brasileiro não recebe dos seus órgãos de defesa uma tutela eficaz, porque é notório o descumprimento das normas protetivas do CDC, tanto na forma preventiva (fiscalização e informação) quanto a repressiva (sanções administrativas). Os consumidores não conseguem usufruir com efetividade das leis existentes no Brasil, ou seja, não há uma produção de efeitos satisfatória. Os fornecedores de serviços, em sua grande maioria, não estão preocupados com o cumprimento das leis consumeristas haja vista a falta de fiscalização por meio do Poder Público, de suas agências reguladoras e órgãos de proteção. As normas até existem, mas falta a eficácia social, a efetividade.

O art. 56 do CDC³ prevê a hipótese de sanções administrativas aplicáveis aos fornecedores em razão de infrações cometidas. É uma norma que é punitiva, mas também com caráter pedagógico. É punitivo em razão da aplicação da multa e pedagógico porque visa elidir a reincidência. Essas sanções são aplicáveis mediante procedimento administrativo pelos órgãos de defesa do consumidor. Esses órgãos atuam com poder de polícia⁴, tendo o poder de fiscalizar e aplicar sanções de forma cautelar ou repressiva.

A razão da falta de efetividade das normas se dá principalmente pela desatenção com que o Estado trata a defesa do consumidor. O Procon (Programa de Proteção e Defesa do consumidor) é uma fundação que atua nos estados e municípios brasileiros, funcionando como um órgão auxiliar do Poder Judiciário. O órgão faz parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, realizando composição de conflitos entre consumidor e fornecedores e aplicando as sanções do art. 56. É um órgão que está presente em todas as capitais do país, mas não em todas as cidades.

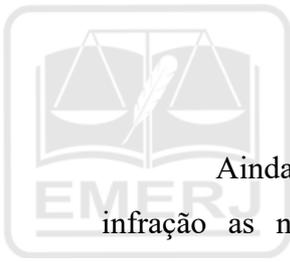
No REsp nº1.138.591, explicou o Ministro Castro Meira⁵:

os Procons foram concebidos como entidades ou órgãos estaduais e municipais de proteção ao consumidor, criados no âmbito das respectivas legislações competentes para fiscalizar as condutas infratoras, aplicar as penalidades administrativas correspondentes, orientar o consumidor sobre seus direitos, planejar e executar a política de defesa do consumidor nas suas respectivas áreas de atuação, entre outras atribuições.

³ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁴ Poder de polícia é o poder que o Estado tem de impor limitações ao exercício dos direitos individuais, com o objetivo de manter o bem-estar da sociedade em razão do interesse público.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp 1.138.591. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6227009&num_registro=200900859751&data=20091005&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 23 mai. 2018.



Ainda que detentor do poder de polícia, com poder de sanção administrativa por infração as normas consumeristas, a fiscalização não é assídua nos estabelecimentos comerciais brasileiros. A quantidade de pessoal é pequena diante da quantidade de estabelecimentos comerciais que devem ser fiscalizados periodicamente. Isso faz com que o cumprimento da norma não seja realizado de forma satisfatória pelos fornecedores de serviços, afinal esses não esperam uma contrapartida por parte do poder público.

Os fornecedores de serviços não cumprem as normas básicas. O parágrafo 2º foi inserido no CDC, pela Lei nº 13.486/17⁶. Nas pequenas cidades não há cumprimento das normas sanitárias, quanto mais a higienização de equipamentos e utensílios usados no fornecimento de produtos e serviços. O fornecedor deveria a cada uso realizado efetivar a limpeza e higienização de objetos como carrinhos de bebê, aparelhos de academias, mousses, teclados de caixa eletrônicos.

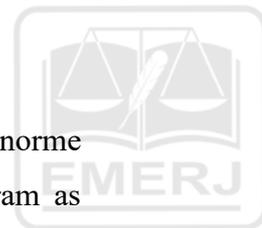
Quando o Procon consegue atuar e impor sanções administrativas deve ser ultrapassada mais uma barreira - a execução da sanção. O órgão não tem poder de coercibilidade, por isso quando o fornecedor sancionado não cumpre a sanção a única solução é o consumidor ajuizar uma ação judicial.

Uma das medidas de solução são as ações educativas, elas devem fazer parte dos programas consumeristas, na medida em que a conscientização traz o reconhecimento da norma, e conseqüentemente leva o consumidor à exigência de seus direitos.

2. A POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA NORMA PREVISTA NO §2º, ART. 8º, DO CDC, COM APLICAÇÃO DE MULTA E CONDENAÇÃO JUDICIAL POR DANO MORAL COLETIVO

O Título III do código consumerista cuida da defesa do consumidor em juízo, protegendo seus interesses, especialmente os coletivos, por intermédio de ações de órgãos e entidades que possuam legitimidade processual, sem prejudicar o consumidor em seu pleito na esfera individual. Essa defesa é tutelada tanto no âmbito preventivo quanto no âmbito repressivo. A finalidade preventiva busca evitar danos aspirando procedimentos que as próprias empresas fornecedoras de produtos e serviços devam ter para que não venham a

⁶ BRASIL. Lei nº 13.486, de 3 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13486.htm>. Acesso em: 24 mai. 2018.



ocorrer danos ao consumidor ou a terceiros. Ao Poder Público compete essa enorme responsabilidade. A finalidade repressiva tem como escopo corrigir, nela se encontram as sanções administrativas e as infrações penais.

O CPC brasileiro⁷ trata das sanções administrativas no seu capítulo VII. Esse capítulo sofreu modificações pela Lei nº 8.656/1993⁸. O art. 55 do CDC⁹ prevê que a competência é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, que deverão criar normas, ou seja, cada administração deve normatizar, no âmbito de sua competência, o previsto no parágrafo 1º do art. 55 - normas de produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

A infração de norma prevista no CDC acarreta a responsabilização administrativa, sem prejuízo das responsabilidades de natureza civil, penal e previstas em normas específicas, no art. 56¹⁰. Existem várias sanções previstas no art. 57 do CDC¹¹, contudo o presente trabalho busca ater-se à sanção por imposição de multa, prevista no inciso I. Até por sua localização topográfica no artigo, percebe-se que é a de menor agressividade, porquanto de maior aplicabilidade. Todavia, percebe-se que apesar de ser muito utilizada, ela não é efetiva no combate as infrações consumeristas.

Indaga-se sobre a efetividade e o sentido prático dessa norma, pois as provisões federais e estaduais são insuficientes para o amparo da fiscalização e do controle. Pareceria mais útil que o CDC outorgasse ao Município essa incumbência, tendo por parâmetro a lei estadual, pois os Municípios tem competência suplementar. Nesses casos de infrações, é nítido que quanto mais o ente estiver em proximidade com o fornecedor ou prestador de produtos/serviços mais eficácia seria obtida na fiscalização e controle. Contudo, existe o ônus

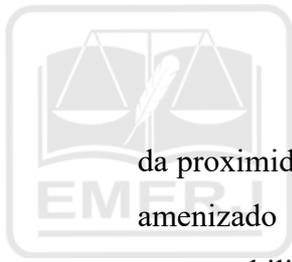
⁷BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 mai. 2018.

⁸BRASIL. *Lei nº 8.656*, de 21 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8656.htm>. Acesso em: 24 mai. 2018.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.



da proximidade, qual seja a possibilidade de corrupção humana nos órgãos. O que poderia ser amenizado com políticas públicas de publicidade e conscientização do consumidor à responsabilidade cooperativa de fiscalizar e denunciar a violação da norma.

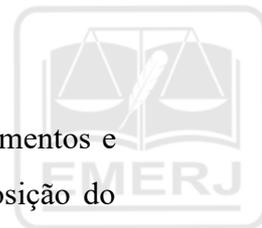
Ora a multa consiste no pagamento de uma quantia, que se caracteriza por seu caráter penalizador, como prevê a norma do CDC - art. 57¹². Ela deve ser aplicada conforme a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor. Deve também ser aplicada por meio de procedimento administrativo e, após revertida para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, se cabível a União, e aos Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. A multa será em montante entre 200 (duzentos) e 3.000.000 (três milhões) de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo. A multa imposta deve ter o intuito de desestimular a prática reiterada de infrações e violação aos consumidores e, portanto, não pode ter um valor simbólico, sob pena de não surtir o efeito previsto na norma. Defende-se o fim da aplicação de multas “paliativas”, porém que não importe a inviabilização da continuidade do negócio por seu fornecedor ou prestador.

A finalidade dessa sanção é desestimular a reincidência de práticas de conduta lesiva ao direito do consumidor. O Decreto Federal nº 2.181/1997¹³ dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, e estabelece normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no CDC. Os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor integram o SNDC, cada qual no âmbito de sua jurisdição e competência tem atribuição para apurar e punir os responsáveis por práticas que violem os direitos do consumidor. A fiscalização é feita por agentes vinculados aos órgãos de proteção e defesa do consumidor.

A multa é precedida de processo administrativo e assegura ao infrator o direito à ampla defesa e ao contraditório, com todos os seus desdobramentos e requisitos procedimentais os quais reclamam prazos para que sejam concluídos. A imposição de multa, muito embora esteja no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, nela não se exaure, na medida em que tais atos estão sujeitos ao controle judicial quanto à motivação e à finalidade. Não sendo pago o valor da multa, o débito será inscrito em dívida ativa do órgão que houver aplicado, para que seja cobrado executivamente.

¹² Ibid.

¹³BRASIL. *Decreto nº 2.181*, de 20 de março de 1997. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1997/decreto-2181-20-marco-1997-445015-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 set. 2018.



Como o §2º do art. 8º do CDC¹⁴ visa implementar higienização de equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos e serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e ainda, a obrigação de informar sobre o risco de contaminação. Outra forma de estímulo à efetividade dessa norma consumerista são as ações coletivas de dano moral ao consumidor com aplicação de astreams, ou seja, multa diária prevista no parágrafo 4º do art. 84 do CDC¹⁵. O legislador conferiu maior plasticidade ao processo, autorizando ao juiz, no caso concreto, a imposição dessa multa para que haja um equilíbrio entre o direito e a execução específica. A condenação em multa diária, nas ações coletivas, tem como objetivo a efetivação da tutela específica das normas do Direito do Consumidor.

A possibilidade de indenização prevista na Constituição¹⁶, em seu artigo 5º, V, não é restrita à esfera individual. A violação de direitos coletivos é na esfera moral da comunidade. Merece destaque as ações coletivas que visam, no geral, à tutela dos interesses difusos dos consumidores, interesses coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos de origem comum. Não há dúvidas de que nas ações coletivas em defesa de interesses ou direitos difusos e coletivos pode ser pedida a reparação de danos morais coletivos, todavia a premissa não é a mesma quando se tratar da tutela de direitos individuais homogêneos. A ação coletiva tem como pressuposto a relevância social da tutela coletiva, ou seja, a lesão deve atingir elevado número de pessoas.

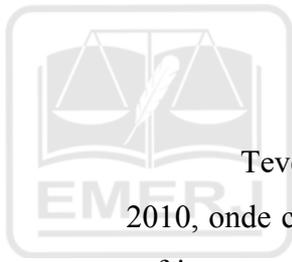
O STJ dispensa a necessidade de demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral, configurando o dano coletivo nos casos em que há lesão injusta e intolerável de valores fundamentais da sociedade, não sendo suficiente a mera infringência de disposição de lei ou contrato. A Ministra Nancy Andrighi¹⁷, no REsp 636.021-RJ de sua relatoria, inovou trazendo a possibilidade de a coletividade ser também titular de um interesse juridicamente tutelado. A Ministra destacou ainda, eu a condenação por danos morais coletivos tem como finalidade ressarcir, punir e inibir a injusta e inaceitável lesão aos direitos primordiais de uma coletividade. Esse dano ocorre sempre quando a conduta agredir o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva daquela sociedade.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 636.021-RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6073980/recurso-especial-resp-636021-rj-2004-0019494-7-stj>>. Acesso em: 03 set. 2018.



Teve também o REsp 1.057.274/RS, da Rel. Ministra Eliana Calmon¹⁸, julgado em 2010, onde considerou que “4. O dano moral coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, pois tal comprovação, embora possível na esfera individual, torna-se inaplicável quando se cuida de interesses difusos e coletivos”.

O amparo dessas ações está previsto no art. 81, CDC¹⁹, dessa forma a multa diária no âmbito da jurisdição coletiva tem o papel de coagir o multado ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer imposta por decisão judicial, num determinado tempo. É uma possibilidade de o juiz forçar o condenado a efetivar uma norma consumerista.

Sobre o *quantum* arbitrado há que se observarem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que a multa não pode importar num instrumento de impedimento à continuidade da atividade. Contudo, há que se possibilitar um prazo razoável para que o condenado possa cumprir a ordem judicial, sem a aplicação das aistreintes. Se desrespeitado esse prazo, as aistreintes devem ser fixadas, em valor expressivo, sem limite prévio de um teto, pois isso possibilitaria ao condenado fazer uma avaliação do custo-benefício, e talvez a escolha de pagar a multa saísse mais barato que o cumprimento da norma.

3. A NECESSIDADE DE INFORMAÇÃO EFETIVA PRESTADA AO CONSUMIDOR SOBRE OS RISCOS INERENTES À SUA SAÚDE PELO USO EQUIPAMENTOS E UTENSÍLIOS SEM A HIGIENIZAÇÃO NECESSÁRIA

O direito à informação está elencado na Constituição²⁰ no art. 5º, XIV pelo brocardo "é assegurado a todos o acesso à informação". Leciona ainda Fernanda Nunes Barbosa²¹ que essa proteção do consumidor também é uma forma de exercício da cidadania, na medida em que na sociedade atual, massificada e globalizada, só um indivíduo bem informado é capaz de realizar o exercício dos papéis que lhes são reservados na convivência social.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.057.274/RS*. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165433/recurso-especial-resp-1057274-rs-2008-0104498-1/inteiro-teor-19165434>>. Acesso em: 03 set. 2018.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 14.

²¹ BARBOSA apud GARCIA, Leonardo de Medeiros. *O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo*. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/11/02.html>>. Acesso em: 10 set. de 2018.



Para que se tenha uma sociedade sadia e harmoniosa é necessário que cada indivíduo desempenhe o seu papel como sujeito de direitos e deveres.

A posição do consumidor é tutelada pelo direito brasileiro pela norma prevista no art. 4º, §1º do Código de Defesa do Consumidor²², onde se encontra o princípio da vulnerabilidade. Esse princípio está interligado com o princípio da transparência, previsto no caput do art. 4º, e com o princípio da boa-fé objetiva, previsto nos arts. 4º, III e 51, IV, todos do CDC²³. Como o objetivo do microsistema consumerista é buscar uma equidade na relação, se o consumidor não recebe uma informação prévia, clara e efetiva sobre os riscos inerentes ao uso do serviço, ele está em posição de vulnerabilidade. Essa informação plena resguarda ambos os lados da obrigação e traz o equilíbrio desejado na relação, afastando as práticas abusivas. A qualidade da informação na fase pré-contratual dá ao consumidor a possibilidade de decidir conscientemente se deseja se vincular ao serviço prestado.

Leonardo Garcia²⁴ entende que é necessário mais que uma simples informação, pois o consumidor precisa ser alertado das precauções a serem tomadas quando, por sua própria natureza, os produtos ou serviços colocados no mercado possam apresentar riscos à saúde e à segurança dos consumidores. As informações também não podem ser prestadas de forma excessiva de modo que mais desorienta do que orienta.

Nesse sentido decidiu o STJ no REsp nº 586.316/MG, da relatoria do Min. Herman Benjamin²⁵, que o simples cumprimento da legislação especial não exonera o fornecedor do dever de informar, nos moldes do art. 31 do CDC²⁶, outras situações e hipóteses para o conhecimento do consumidor. O desrespeito a essa norma acarreta o vício de informação, que proporciona para o consumidor o direito a ser indenizado e configura o crime previsto no art. 66 do CDC²⁷.

²² BRASIL, op. cit., nota 1.

²³ Ibid.

²⁴ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo*. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/11/02.html>>. Acesso em: 10 set. de 2018.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 586.316/MG*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 15 set. 2018.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁷ Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.



O consumidor diariamente tem a necessidade de utilizar diversos serviços que podem trazer riscos à sua saúde, em razão do uso ser coletivo. O consumidor tem a escolha, mas muitas vezes o uso desses objetos é inevitável. Vários são os exemplos, tais como: uso de mouse em locais como bibliotecas e lan houses, uso de carrinhos de bebês em shopping centers ou mercados, uso bandejas de alimentação, entre outros. O uso sucessivo desses objetos, sem a devida higienização, pode acarretar ao consumidor a contaminação por diversos tipos de vírus ocasionando enfermidades como conjuntivite, influenza, rotavírus, entre outras, até uma simples gripe.

A informação prévia ao uso do serviço pelo consumidor traz como consequência uma escolha consciente: usar ou não. Concomitantemente junto a uma informação clara vai ajudar o consumidor a se prevenir dos possíveis riscos a sua saúde, empreitando uma maior cautela na utilização do serviço, como por exemplo, tomar ciência da existência da higienização do objeto. A informação se torna efetiva quando possibilita essa atitude pelo consumidor.

Em diversos estabelecimentos já é possível o uso de serviços em que o consumidor não mantém contato com o objeto, por exemplo, o acionamento de torneiras e descargas apenas com a proximidade das mãos ao botão. Essa tecnologia já está disponibilizada em vários shoppings centers, geralmente em grandes capitais. Entretanto, essa não é a realidade brasileira. Como o objetivo do CDC²⁸ é equilibrar a relação entre o consumidor e o fornecedor, deve-se se observar a efetividade da norma também pela ótica do fornecedor. A realidade econômica do país não fomenta a implantação dessa tecnologia de forma uniforme, pois tal oferta de serviço com essa tecnologia poderia por em risco a continuidade da exploração econômica por onerar sobremaneira o fornecedor. E o CDC²⁹ preza pela continuidade dos contratos.

É possível ao fornecedor efetivar a norma prevista no §2º do art. 8º do CDC³⁰ de maneira mais econômica e acessível a sua realidade financeira, a depender do caso. Os serviços que foram citados acima como exemplos são rotineiramente usados pelos consumidores, e aliado ao serviço de informação prestado, pode o fornecedor colocar no local à disposição do consumidor o uso de preparações alcoólicas (gel ou solução) que possuem

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.



uma concentração média de 70 % de álcool, o que é ideal para a ação bactericida³¹. Uma simples medida que traz efetividade e torna a prestação de serviços eficiente.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou apresentar, de uma forma didática, a temática da proteção do consumidor nas relações consumeristas, ou seja, o direito à informação e a saúde física e moral do consumidor. O desequilíbrio no direito consumerista ainda é um fato e depende, muitas vezes, da propositura de demandas judiciais para que seja reequilibrado constitucionalmente. Ora, a grande maioria dos fornecedores de produtos ou serviços só cumprem as normas protetivas quando instados pelo Estado. Em razão disso, devem ser buscado novas formas de dar efetividade à tutela do consumidor brasileiro.

Diante da precária fiscalização do cumprimento das normas de higienização, seja por falta de pessoal ou falta de coercibilidade das sanções administrativas por parte dos órgãos públicos, é que se faz necessário o ajuizamento de ações.

A efetividade da norma jurídica pode ser alcançada com a obrigação prévia de informação clara, adequada e eficaz. Muitas vezes o consumidor desconhece os riscos do uso de certos produtos e serviços. Diante dessa fragilidade é que tem o consumidor ser alertado, atuando o princípio da transparência com o objetivo de intensificar o dever de informar todos os aspectos inerentes ao serviço contratado.

O interesse do consumidor também pode ser tutelado por medidas mais extremas, como a aplicação de multas nas ações individuais e aplicação de dano moral nas ações coletivas. Assim, o Min. Público, as entidades de proteção do consumidor e o próprio consumidor podem demandar em juízo a efetividade que a norma não possui por si só. O caráter pedagógico das sanções citadas visa dar aos demais fornecedores um estímulo ao cumprimento voluntário. A finalidade é desestimular a reincidência de praticas de condutas lesivas ao consumidor.

Por fim, salienta-se a necessidade de que essa informação seja prévia, clara e efetiva possibilitando ao consumidor aderir ou não, conscientemente dos riscos a ele gerados e das implicações na sua saúde.

³¹ LIBANES, Hospital Sírio. A prevenção de doenças está em suas mãos. Disponível em: <<https://www.hospitalsiriolibanes.org.br/hospital/Paginas/prevencao-doencas-esta-suas-maos.aspx>>. Acesso em: 19 set. 2018.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 mai. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. *Decreto nº 2.181*, de 20 de março de 1997. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1997/decreto-2181-20-marco-1997-445015-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.656*, de 21 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8656.htm>. Acesso em: 24 mai. 2018.

_____. *Lei nº 13.486*, de 3 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13486.htm>. Acesso em: 24 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 586.316/MG*. Relator: Ministro Herman Benjamim. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 636.021-RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6073980/recurso-especial-resp-636021-rj-2004-0019494-7-stj>>. Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.057.274/RS*. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165433/recurso-especial-resp-1057274-rs-2008-0104498-1/inteiro-teor-19165434>>. Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp 1.138.591*. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6227009&num_registro=200900859751&data=20091005&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 23 mai. 2018.

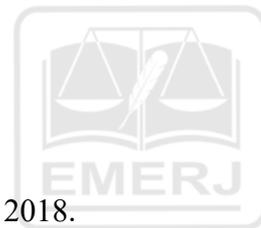
GARCIA, Leonardo de Medeiros. *O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo*. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/11/02.html>>. Acesso em: 10 set. 2018.

LIBANES, SÍRIO. *A prevenção de doenças está em suas mãos*. Disponível em: <<https://hospitalsiriolibanes.org.br/hospital/Paginas/prevenção-doenças-esta-suas-maos.aspx>>. Acesso em: 19 set. 2018.

VOLTAR AO SUMÁRIO 

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo. Saraiva, 1998.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2018.





A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NA BUSCA PELA JUSTA INDENIZAÇÃO NA DESAPROPRIAÇÃO, MESMO NA HIPÓTESE DE ACORDO ENTRE AS PARTES

Aloysio de Alcantara Simões

Graduado pela Universidade Estácio de Sá

Resumo – A questão envolvendo a justa indenização nos processos de desapropriação sempre ensejou grandes controvérsias, pois abrange um dos temas mais sensíveis do Direito Administrativo, o conflito entre o interesse público e o particular. Nesse contexto, a atuação do magistrado ganha relevante importância na observância das normas e princípios aplicáveis ao instituto. A pretensão deste trabalho é verificar a possibilidade do julgador impor, mesmo quando as partes expressamente concordam com o preço, a produção de prova pericial.

Palavras-Chave – Direito Administrativo. Direito Processual Civil. Desapropriação. Justa indenização. Autocomposição entre as partes. Interferência do magistrado.

Sumário – Introdução. 1. Aplicação das normas procedimentais do Decreto-Lei nº 3.365/1941. 2. Extensão dos poderes instrumentais do magistrado diante do Novo Código de Processo Civil. 3. Possibilidade de o magistrado determinar a produção de prova pericial de ofício, mesmo na hipótese de concordância do valor ofertado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca verificar a importância da atuação do magistrado na busca pela justa indenização na desapropriação, mesmo na hipótese de acordo entre as partes.

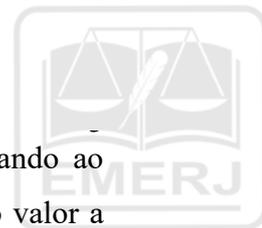
A pesquisa se debruça sobre a postura ativista do julgador a ser adotada nessa espécie de ação, conquanto haja concordância dos litigantes no que atine ao valor da justa indenização.

Procura-se analisar se a adoção de uma conduta ativista do julgador poderia ensejar violação à vontade expressa das partes, ainda mais quando se trata de matéria que envolve direito disponível.

A desapropriação sempre foi considerada a modalidade de intervenção mais drástica do Estado sobre a propriedade privada. Por meio dela, o ente público suprime o direito privado da propriedade, transferindo-se essa para o seu patrimônio.

O referido instituto ganha maior importância, porque ressalta uma das principais controvérsias existentes entre o Estado administrador e os seus administrados, qual seja, o conflito entre o interesse público e o particular.

Apesar da possibilidade de a controvérsia ser solucionada amigavelmente pela via



administrativa, a prática revela que a maior parte das desapropriações acaba chegando ao Poder Judiciário, sendo que, na quase totalidade dos casos, a discussão recai sobre o valor a ser pago pela perda da propriedade.

Sob esse prisma, uma vez levada a questão à análise do Poder Judiciário, ainda que seja assegurada a celebração de acordo entre o expropriante e expropriado, o magistrado assume importante papel na busca pelo justo preço, em observância ao comando constitucional previsto no art. 5º, XXIV da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

Diante disso, o magistrado deve se valer dos poderes instrutórios, conferidos pela legislação infraconstitucional, para dar tangibilidade ao importante preceito constitucional consistente no justo preço da indenização na desapropriação.

O primeiro capítulo inicia com a análise das normas procedimentais previstas no Decreto-Lei nº 3.365/1941, de 21 de junho de 1941 (DL nº 3.365/41), bem como se eles podem impor uma postura passiva ao magistrado na marcha processual da ação de desapropriação.

No segundo capítulo se verifica que, mesmo com as mudanças ideológicas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC), os poderes instrutórios do magistrado não foram limitados.

Sustenta-se, no terceiro capítulo, a possibilidade da atuação de ofício pelo magistrado na ação de desapropriação, autorizada por comando constitucional, ainda que as partes tenham concordado expressamente com o valor ofertado.

O trabalho utilizará o método de pesquisa exploratória, pois o pesquisador pretende explicitar conceitos relevantes sobre o tema, com vista a familiarizar o leitor sobre o objeto da pesquisa, sendo possível ainda proporcionar a elaboração de hipóteses que serão necessárias para a compreensão do tema em análise e, ao final, comprová-las por meio da argumentação jurídica.

Dessa forma, a presente pesquisa é marcada por resultados de cunho qualitativos, uma vez que o pesquisador se vale do conhecimento dos maiores doutrinadores que ministram os temas abordados, bem como as legislações a eles pertinentes e também o posicionamento dos tribunais pátrios, para corroborar sua tese.



1. A APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCEDIMENTAIS DO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941

As normas procedimentais que disciplinam a fase judicial do procedimento de desapropriação estão previstas a partir do art. 11 do DL nº 3.365/41¹. Todavia, para fins de uma melhor compreensão sobre o tema a ser tratado, antes é necessária a explanação de alguns conceitos básicos.

Segundo Matheus Carvalho², a desapropriação poder ser conceituada como:

o procedimento por meio do qual o ente público determina a retirada de um bem privado do seu proprietário para que esse faça parte do patrimônio público, sempre embasado nas necessidades coletivas, mediante o pagamento de indenização, previamente definida, de forma justa ao proprietário.

Da análise do robusto conceito acima transcrito é possível destacar bem as características principais do instituto da desapropriação.

A primeira delas se consubstancia no seu fundamento. A desapropriação é a modalidade supressiva mais drástica de intervenção do Estado na propriedade privada.

Por essa razão, para que seu uso ocorra de maneira legal é necessária a observância do fundamento que a autoriza, ou seja, a existência de interesse público primário, entendido aqui como utilidade pública. É o que se depreende da leitura do art. 5º, XXIV da CRFB/88³, bem como do art. 1º do DL nº 3.365/41⁴.

Com relação às partes que integram essa relação jurídica, ensina José dos Santos Carvalho Filho⁵ que o sujeito ativo é o Poder Público, propriamente dito, ou ainda as delegatárias de serviço público, desde que autorizadas pela lei ou por contrato. Já no polo passivo da relação se encontram os particulares, proprietários dos bens que serão.

O objeto da desapropriação recai, via de regra, sobre a propriedade de bens imóveis. Apesar disso, por força do art. 2º do DL nº 3.365/41⁶ é possível que qualquer bem móvel, imóvel, corpóreo ou incorpóreo seja também objeto do referido instituto.

Destaca-se que até mesmo os bens públicos podem sofrer com essa modalidade

1BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.365*, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13365.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

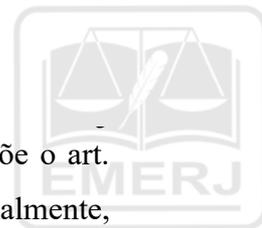
2CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1002.

3BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

4BRASIL, op. cit. nota 1.

5CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 896.

6BRASIL, op. cit., nota 1.



supressiva, observada a autorização legislativa do ente expropriante, conforme dispõe o art. 2º, §2º do diploma legal mencionado⁷. Contudo, importante ressaltar que, excepcionalmente, alguns bens não podem ser desapropriados, como exemplifica Hely Lopes Meirelles⁸, os direitos personalíssimos e a moeda corrente.

A quarta característica retirada do conceito apresentado diz respeito a finalidade da desapropriação. Como visto acima, somente diante da existência de interesse coletivo é possível que o Estado tome, na mais clara investidura do seu poder de império, para si a propriedade de um particular. Portanto, têm-se que a finalidade da desapropriação é a transferência da propriedade do bem particular para o patrimônio público.

Nesse ponto, importante destacar a lição de Maria Sylvia di Pietro⁹ que afirma ser a desapropriação uma forma originária de aquisição da propriedade. Isso significa que ao ser inserido no patrimônio do ente público, o imóvel, até então particular, está livre de qualquer ônus ou direito decorrente de relações jurídicas anteriores.

É possível extrair ainda uma condição para que a desapropriação ocorra. Trata-se do pagamento de justa indenização, que deve ser prévia e em dinheiro. Diante da sua posição no corpo da CRFB/88 é inconteste que o direito à justa indenização é um direito fundamental. Essa disposição, apesar de em um primeiro momento parecer que somente se presta a salvaguardar o direito do particular, também deve ser aplicada para a Administração Pública.

Ou seja, não só o particular tem direito de ser indenizado de forma justa, de modo que não sofra prejuízos econômicos decorrentes da perda da propriedade. Mas também, a Administração Pública possui o direito de se ver obrigada a pagar tão somente o preço justo do bem particular desapropriado.

Por fim, a sexta característica se refere a natureza jurídica da desapropriação. Para José dos Santos Carvalho Filho¹⁰ a desapropriação é um procedimento administrativo. Para o autor, procedimento pode ser definindo como um “conjunto de atos e atividades, devidamente formalizados e produzidos em sequência, com vistas a ser alcançado determinado objetivo”.

Esse procedimento é desmembrado em duas fases: declaratória, quando a Administração Pública declara determinado bem como de interesse público, e executória, que consiste no empreendimento de esforços da Administração para que o bem particular venha a

7Ibid.

8MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 730.

9DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 255

10CARVALHO FILHO, op. cit., p. 869.



integrar seu patrimônio.

Neste ponto, deve-se esclarecer que o procedimento de desapropriação pode se findar de maneira completa na esfera administrativa. Para isso, basta que o particular expropriado concorde com o preço ofertado pelo ente expropriante.

Kiyoshi Harada¹¹ chama esta hipótese de desapropriação amigável. Contudo, a realidade vivenciada nos tribunais revela que na maior parte das vezes é necessário o ajuizamento da ação de desapropriação para que a controvérsia sobre o valor seja decidida pelo Poder Judiciário.

Com efeito, o DL nº 3.365/41 estabelece, a partir de seu art. 11¹², as normas de natureza processual que devem ser observadas no trâmite da ação de desapropriação.

A petição inicial deve observar todos os requisitos básicos previstos nos artigos 319 e 320 do NCPC¹³, além de ser instruída também com a oferta expropriatória, cópia autenticada da publicação do decreto expropriatório e a planta ou descrição do bem a ser desapropriado, conforme se observa do art. 13 do DL nº 3.365/41¹⁴.

Com a citação do réu, o processo passa a seguir o procedimento comum. Nessa ocasião, surge para o particular expropriado a possibilidade de adoção de duas posturas: contestar a ação ou concordar com o valor oferecido pelo expropriante.

Importante consignar que nessa espécie de ação há, por força do art. 20 do DL nº 3.365/41¹⁵, verdadeira limitação quanto as matérias que podem ser objeto de defesa. Dessa forma, em sede de contestação, o expropriado somente pode se insurgir contra eventual vício no processo ou quanto ao preço oferecido pelo autor.

Todas as matérias que não estejam relacionadas com esses dois aspectos devem ser objeto de ação própria. Pode ainda, como visto, não se opor ao valor ofertado e aceitá-lo como justa indenização pela perda da propriedade.

Nesse cenário se encontra a questão nodal do presente capítulo.

Na hipótese de concordância da oferta expropriatória as normas do DL nº 3.365/41¹⁶ impõe ao juiz a homologação da concordância por sentença ou possibilitam, ainda assim, o prosseguimento do feito com a realização da prova pericial? De outro modo. As disposições

11HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

12BRASIL, op. cit., nota 1.

13BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

14BRASIL, op. cit., nota 1.

15Ibid.

16Ibid.



do DL nº 3.365/41¹⁷ possuem natureza cogente sendo vedado o seu afastamento em qualquer hipótese?

O art. 22 do DL nº 3.365/41¹⁸ afirma que, na hipótese de concordância do valor, o juiz deverá homologar por sentença. O dispositivo em questão é indubitavelmente procedimental, pois determina um atuar do magistrado na marcha processual.

Em decorrência disso, poderia se concluir que o artigo possui, como a maioria das normas procedimentais, natureza cogente, ou seja, de observância obrigatória por todas as partes que integram a relação jurídica processual.

Corroborando com esse entendimento, a adoção da interpretação literal e sistêmica dos artigos 22 e 23 do DL nº 3.365/41¹⁹ fastaria a possibilidade intervenção do magistrado. Isso porque, o art. 22 do diploma legal²⁰ utiliza, como já mencionado, a expressão, deverá, que impõe ao julgador a obrigação de homologar a concordância.

Além disso, o art. 23 do DL nº 3.365/41²¹ indica que somente ocorrerá a realização da prova pericial quando não houver concordância expressa quanto ao preço. Logo, em sentido contrário, pode-se concluir que é dispensada a prova técnica quando os litigantes concordam expressamente.

Dessa forma, diante da natureza cogente das normas procedimentais do DL nº 3.365/41²², a princípio, o juiz estaria obrigado a homologar o acordo, especialmente pela regra do art. 22.

2. EXTENSÃO DOS PODERES INSTRUMENTAIS DIANTE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como visto no capítulo anterior, quando o procedimento de desapropriação é levado ao Poder Judiciário, a questão envolvendo a quantificação do justo valor pela perda do imóvel particular para o ente expropriante se torna o principal objetivo do processo.

Tal questão, portanto, obviamente se sujeita à produção probatória. Nesse ponto, revela-se imprescindível a atuação do magistrado, bem como a extensão da sua ingerência

17Ibid.

18Ibid.

19Ibid.

20Ibid.

21Ibid.

22Ibid.



neste momento processual. É sobre esse aspecto que se debruça o presente capítulo.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil²³, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, atendendo aos anseios dos estudiosos e operadores do direito, buscou-se dar novos contornos à concepções clássicas do processo.

Especificamente quanto a figura do magistrado, é cediço que o Código de Processo Civil anterior²⁴, datado de 1973, conferia ao juiz a figura central do processo. Naquele modelo, em que se consagrava a Teoria da Relação Processual, o juiz era o protagonista da relação jurídica processual, enquanto que os jurisdicionados se apresentavam como meros coadjuvantes que apreciavam a atuação e aguardavam o pronunciamento do julgador.

Ao contrário, pelo atual modelo, como já dito, o legislador pretendeu que todas as partes integrantes da relação processual recebessem o mesmo tratamento isonômico. Desse modo, não haveria espaço para que se destacasse qualquer uma dessas figuras, sendo certo que todas exerceriam suas respectivas funções no curso do processo de forma igualitária.

Nas precisas palavras do Professor Alexandre Freitas Câmara²⁵ o processo pode ser visto “como um fenômeno policêntrico, em que o juiz e as partes têm a mesma relevância”, no qual, ao seu final, será alcançado o resultado adequado, construído de maneira conjunta pelos personagens do processo.

O Novo Código de Processo Civil²⁶ elencou, diferentemente do anterior, tomado por novas ideologias, de forma analítica, em seu art. 139 diversos poderes-deveres do juiz. Deve-se frisar, contudo, que a pretensão do legislador não foi exaurir todas as incumbências do julgador em um único artigo do Código. Na verdade, os dispositivos elencados na norma acima exposta devem ser interpretados como o parâmetro inicial da atuação do magistrado.

Entre os vários poderes-deveres do juiz, o art. 139, IV do NCPC²⁷ merece destaque, porque impõe ao magistrado o dever de determinar todas as medidas necessárias, observado o princípio da legalidade, ao cumprimento do ordenamento jurídico.

É bem verdade que o dispositivo em tela não utiliza a expressão, ordenamento jurídico, mas, por força da própria função desempenhada pelo juiz, deve-se ter em mente que o poder em comento é um instrumento utilizado para determinar a segurança da obtenção da

23BRASIL, op. cit., nota 13.

24BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

25CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 108.

26BRASIL, op. cit., nota 13.

27Ibid.

tutela de determinado direito.

Pode-se concluir, dessa maneira, que o dispositivo em tela se trata de verdadeira cláusula geral conferida ao julgador para que este exerça seus poderes instrutórios.

Importante consignar, todavia, que essa cláusula não pode ser entendida como uma carta branca para uma atuação arbitrária à disposição do magistrado. O ponto norteador deve ser sempre a legalidade, de modo que as medidas impostas observem os comandos constitucionais e legais.

Nas palavras de Lênio Luiz Streck e Dierle Nunes²⁸:

Em face do novo CPC, parece-nos evidente que esta cláusula geral de efetivação implicará um ônus argumentativo diferenciado para o juiz ao fundamentar e se valer da medida, especialmente pela determinação do artigo 489, §1º, II, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, mitigando a possibilidade de arbitrariedades.

Nesse novo cenário, é lícito concluir que as partes que compõem a relação jurídica processual devem receber tratamento isonômico, não podendo ser atribuída a qualquer uma delas distinções. Contudo, compete ainda ao magistrado fazer valer sempre os preceitos constitucionais e os comandos legais.

Deve-se frisar que, com relação a regra do tratamento isonômico conferido às partes, Humberto Theodoro Júnior²⁹ leciona a existência de exceções. Para o autor, é também dever do juiz atribuir um regime especial para determinados litigantes que necessitam de qualquer atendimento especial. É perceptível, pela explanação do autor, sempre a presença de uma das hipóteses de hipossuficiência da parte que necessita do regime especial.

Esse entendimento contempla claramente o princípio da igualdade material previsto no art. 5º, *caput* da CRFB/88³⁰, que consagra a ideia de que entre indivíduos essencialmente desiguais deve ser dado tratamento desigual.

Em essência, é o que se observa, comumente, nos processos de desapropriação.

Nesses, de um lado figura o ente expropriante dotado, notadamente, de conhecimento e estrutura técnica adequada para avaliar o imóvel de seu interesse e, do outro lado, o particular que, na maioria esmagadora das vezes, não possui meios viáveis para refutar,

28NUNES, Dierle; STRECK, Luiz Lênio. *Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 04 set. 2018 mai. 2018.

29THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 423.

30BRASIL, op. cit. nota 3.



justificadamente, o preço encontrado pela Administração.

É sobre esse tipo de desigualdade que o juiz deve atuar ativamente no processo, a fim de assegurar o regime especial ao particular desapropriado. Ora, é de clareza solar a hipossuficiência existente entre os entes estatais e os particulares que terão seu direito de propriedade limitado indubitavelmente.

Como visto até aqui, o valor da justa indenização é a questão principal a ser debatida nos autos do processo de desapropriação. Todavia, considerando que o magistrado não possui conhecimento técnico para avaliar a justeza do preço ofertado pelo expropriante, deve ser valer da figura do perito judicial.

Esse auxiliar da Justiça ganha destaque na desapropriação, porque somente a um especialista, de confiança do juízo, é possível conferir a difícil tarefa de averiguar se a oferta, trazida unilateralmente pelo expropriante, representa o valor justo do imóvel.

Nesse ponto, de extrema importância são os ensinamentos de Fredie Didier Júnior³¹ que assevera que a prova se destina ao convencimento das partes integrantes do processo. Tal conclusão reflete o ideal trazido pelo Novo Código de Processo Civil³², no qual se afasta, como já visto, o protagonismo do magistrado.

Ainda assim apesar de o Novo Código de Processo Civil³³ apresentar um novo modelo a ser seguido por magistrados e operadores do direito, percebe-se que o poder instrutório dos julgadores permanece no ordenamento jurídico com pequenas mitigações.

3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL, MESMO NA HIPÓTESE DE CONCORDÂNCIA DO VALOR OFERTADO

Verificada nos capítulos anteriores a natureza cogente das normas procedimentais do DL nº 3.365/41³⁴ e também a manutenção dos poderes instrutórios do magistrado, mesmo após as mudanças ideológicas impostas pelo Novo Código de Processo Civil³⁵, resta agota analisar a posição do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema.

Importante consignar que, na maior parte das vezes, a questão referente a prova

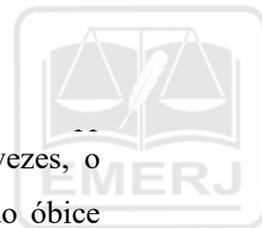
31 DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2016.

32 BRASIL, op. cit., nota 13.

33 Ibid.

34 BRASIL, op. cit., nota 1.

35 BRASIL, op. cit., nota 13.



pericial envolve o revolvimento de prova e de matéria fática. Dessa forma, por vezes, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sequer adentra no mérito da discussão, diante do óbice previsto no verbete nº 7 de sua Súmula³⁶.

Contudo, quando preenchidos os requisitos do Recurso Especial, a controvérsia enfrentada pelo STJ se resume na possibilidade do magistrado determinar a produção da prova pericial de ofício, mesmo quando há concordância expressa quanto ao valor ofertado.

Da análise das decisões constantes no sítio eletrônico do Tribunal da Cidadania é possível estabelecer um padrão.

O ente público oferece o valor que entende devido pela perda do imóvel particular, ao passo que o expropriado aceita a oferta. Por sua vez, o magistrado, em vez de homologar o acordo dos litigantes, determina a realização de perícia, que encontra, corriqueiramente, valor diverso do ofertado. Por vezes mais atraente ao ente público, por outras mais atraente ao particular.

Nesse ponto surge a questão a ser tratada no presente capítulo. O juiz estaria obrigado a homologar o acordo estabelecido entre as partes, diante da expressa concordância com o preço ofertado, ou deveria proceder com a produção da prova técnica?

Dos recursos que são apreciados pelo STJ, é possível verificar que o descontentamento dos recorrentes se fundamenta na perda patrimonial que suportaram em decorrência da análise do perito. Assim, sustentam em sua argumentação a obrigatoriedade da homologação do acordo.

Essa é, em regra, a tese defendida pelos entes expropriantes, de modo que a questão, como já dito, pontualmente é levada aos tribunais superiores como por exemplo, no Recurso Especial nº 651.294/GO³⁷ e Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 272.004/MG³⁸.

Todavia, também é possível que o perito judicial avalie o valor do imóvel em montante inferior ao oferecido pelo expropriante. Isso porque, como já analisado em capítulo

36BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Verbetes nº 7*. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> Acesso em: 18 set. 2018.

37BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 651.294*. Relator: Ministra Eliana Calmom. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=Resp%2F+651.29-4+ou+Resp+651.294&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

38BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 272.004*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=resp+272004&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 23 mai. 2018.



anterior, o princípio da justa indenização deve ser aplicado tanto para o desapropriado quanto para o expropriante.

O Tribunal da Cidadania há anos possui entendimento pacífico no sentido de ser dispensável a produção da prova pericial quando há acordo entre as partes.

Uma das mais importantes decisões, reproduzida até os dias atuais, mesmo após mais de uma década, foi proferida no Recurso Especial nº 886.672/RO³⁹, julgada em 25 de setembro de 2007, pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux.

A decisão⁴⁰ citada prevê literalmente a prescindibilidade da prova pericial na hipótese em comento. Esse entendimento confirma, portanto, a natureza jurídica de norma cogente dos dispositivos procedimentais previstos no DL nº 3.365/41⁴¹, como visto no primeiro capítulo deste trabalho.

Apesar disso, a decisão⁴² se mostra sensível quanto à regra da imposição ao magistrado de homologar o acordo. O Ministro Relator ao se referir sobre a prescindibilidade da perícia utiliza a expressão latina *cum granu salis*. Logo, denota-se que a essa dispensa deve ser analisada com máxima moderação pelos magistrados.

Dada a clareza da mencionada decisão, mister se faz colacioná-la neste momento:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. OFERTA INICIAL NÃO CONTESTADA. DETERMINAÇÃO PARA ELABORAÇÃO DE LAUDO PERICIAL EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO FIXADA EM QUANTIA INFERIOR AO PREÇO INICIALMENTE OFERTADO. ADOÇÃO DO LAUDO PERICIAL. POSSIBILIDADE. 1. A ação de desapropriação dispensa a elaboração da prova pericial, quando houver acordo entre as partes, sendo certo que esta prescindibilidade deve ser analisada *cum granu salis*, porquanto a indenização deve buscar sempre o princípio constitucional da justa indenização (CF, art. 5º, XXIV). [...]

Denota-se do caso em análise que a parte recorrente se trata do desapropriado, o que foge a regra da insatisfação ser manifestada pelos entes expropriante. Pode-se ainda confirmar a afirmativa de que o princípio da justa indenização deve ser observado tanto para o expropriado quanto para o expropriante. Isso porque, uma vez encontrado valor menor pelo perito, a Administração Pública não pode ser obrigada a pagar montante maior, ainda que

39BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 886.667*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:

<http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento//mediado/?componente=ATC&sequencial=3193771&num_registro=200601915460&data=20071122&tipo+91&formato=pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

40BRASIL, op. cit., nota 39.

41BRASIL, op. cit., nota 1.

42BRASIL, op. cit., nota 39.

tenha feito a oferta anteriormente.

Assim, é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça entende, apesar de consignar que a homologação do acordo firmado pelas partes deve ser a regra, que essa pode ser mitigada pelos magistrados, que diante do caso concreto podem determinar o prosseguimento do feito e, conseqüentemente, a produção da prova pericial.

Ainda se pode verificar o fundamento preciso para a adoção de uma atuação cautelosa por parte do magistrado. Trata-se da observância do princípio constitucional da justa indenização, consagrado pelo art. 5º, XXIV da CRFB/88⁴³.

Nesse cenário, ainda que se comprovada a natureza cogente do art. 22 do DL nº 3.365/41⁴⁴, este deve ter sua aplicação mitigada pelo magistrado em determinados casos concretos, em nome do princípio da justa indenização, e sempre observada a imposição constitucional da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, insculpida no art. 93, IX da CRFB/88⁴⁵.

O presente capítulo buscou demonstrar o amparo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no atuar dos magistrados que autorizam, em respeito aos comandos constitucionais, a produção de prova pericial no processo de desapropriação, mesmo na hipótese de concordância expressa das partes em relação à oferta expropriatória.

Assim, verificada pelo julgador qualquer causa tendente a diminuir o princípio da justa indenização, deve o juiz proceder com a perícia, a fim de dar máxima efetividade ao princípio em tela.

CONCLUSÃO

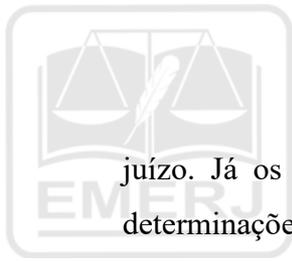
O presente trabalho se debruçou sobre importante questão verificada diariamente nos tribunais de todo o país, a discussão envolvendo o valor da justa indenização no processo de desapropriação. Como visto, a controvérsia travada pelas partes que compõe a demanda se resume na possibilidade de o magistrado poder determinar a produção de prova pericial, mesmo no caso concordância das partes quanto ao preço da oferta expropriatória.

Em regra, os entes expropriantes se insurgem contra as atuações ativistas dos julgadores, ao argumento de que a concordância do expropriado deveria ser homologada pelo

43BRASIL, op. cit., nota 3.

44BRASIL, op. cit., nota 1.

45BRASIL, op. cit., nota 3.



juízo. Já os particulares que tiveram seus bens desapropriados apoiam, muitas vezes, as determinações dos magistrados.

Durante as considerações trazidas neste trabalho foi possível concluir que, nesses casos, o magistrado deve atuar de maneira impositiva, a fim de ver resguardado o princípio da justa indenização consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil, em clara mitigação à vontade das partes.

Inicialmente, este pesquisador trouxe uma visão geral do instituto da desapropriação, destacando suas principais características e peculiaridades. Além disso, definiu a natureza jurídica das normas procedimentais previstas no Decreto-Lei nº 3.365/1941.

Em seguida, apresentou uma visão geral sobre a nova ideologia introduzida pelo Novo Código de Processo Civil, em especial no que atine aos poderes e atuações do magistrado na condução do processo.

Por fim, analisou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, de modo que restou evidente a posição do Tribunal pela possibilidade da interferência do julgador, ainda que as normas de procedimento e a vontade das partes indicassem a homologação do preço, desde que pormenorizadamente fundamentada a decisão judicial.

Assim, nos processos de desapropriação, deve-se sempre buscar o justo preço pela perda da propriedade do imóvel particular, ainda que, eventualmente, a vontade das partes seja mitigada. Contudo, diante dessa mitigação, impõe-se ao magistrado a observância, com maior empenho, do princípio da motivação das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 3.365*, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impresao.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº*



272.004. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=resp+272004&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 651.294*. Relator: Ministra Eliana Calmom. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=Resp%2F+651.294+ou+Resp+651.294&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 886.667*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento//mediado/?componente=ATC&sequencial=3193771&num_registro=200601915460&data=20071122&tipo+91&formato=pdf. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Verbete n° 7*. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf Acesso em: 18 set. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NUNES, Dierle; STRECK, Luiz Lênio. *Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: 04 set. 2018 mai. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Amanda Batista de Souza

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Cândido Mendes.

Resumo: Em decorrência do aumento populacional ocorrido no Brasil nos últimos anos aumentou-se também a criminalidade e conseqüentemente a população carcerária. Diante desse cenário, o que se espera é que o Estado se organize e construa presídios com estrutura adequada para receber os presos, garantindo-lhes os direitos fundamentais previstos na Constituição. Se o Estado vier a falhar com essa obrigação e violar direitos fundamentais dos detentos, surge a sua responsabilização civil e a sua obrigação de indenizá-los.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Estado de Coisa Inconstitucional. Indenização.

Sumário: Introdução. 1. Panorama geral sobre a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro. 2. O Estado de Coisa Inconstitucional no âmbito do sistema carcerário brasileiro. 3. Dever de indenizar do Estado nos casos de presos em situação degradante e a possibilidade de remição. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a responsabilidade civil do Estado diante da violação em massa de direitos fundamentais que ocorre no sistema carcerário brasileiro. Ademais, visa também analisar o dever de indenizar do Estado no caso de presos em situação degradante.

Com o somatório de diversos fatores como a crise econômica, social e política que o Brasil enfrenta e com o aumento desenfreado da população carcerária, o Supremo Tribunal Federal identificou que há uma violação em massa dos direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, e, portanto, reconheceu que se vive um Estado de Coisas Inconstitucional.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando, de forma breve, a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as divergências doutrinárias no que tange a responsabilidade civil do Estado por omissão.

No segundo capítulo busca-se analisar o surgimento e os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional, bem como marco do seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro com o ajuizamento da ADPF nº 347, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro, vive um Estado de Coisas Inconstitucional.

Por derradeiro, no terceiro capítulo o objetivo é traçar as conseqüências práticas do



reconhecimento da violação generalizada de direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, bem como analisar o dever de indenizar do Estado, nesses casos específicos, e a possibilidade de remição como forma de indenização.

A pesquisa será desenvolvida necessariamente pela abordagem qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia e de todas as fontes pertinentes à temática em foco para sustentar a sua tese.

1. PANORAMA GERAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Por responsabilidade civil entende-se como a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da responsabilidade civil no art. 186 do Código Civil.

Por outro lado, a Constituição Federal¹ em seu artigo 37 trouxe a responsabilidade civil do Estado, estabelecendo em seu § 6º que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O dispositivo consagra a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado que decorre do risco administrativo. Nessa responsabilidade a pessoa que sofreu um dano causado por um agente público terá que provar apenas três elementos: conduta praticada por um agente público, nesta qualidade; dano; e nexó de causalidade (demonstração de que o dano foi causado pela conduta).

Entretanto, convém mencionar que o cenário nem sempre foi esse. Essa atual fase da responsabilidade civil objetiva do Estado decorre de uma evolução histórica acerca do tema. De forma resumida, pode-se dizer que a responsabilidade civil do Estado passou pelas seguintes fases e teorias: irresponsabilidade do Estado; teoria da responsabilidade com culpa comum do Estado; teoria da culpa administrativa (falha do serviço); teoria do risco administrativo; e a teoria do risco integral.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho² a responsabilidade objetiva é um plus em relação à responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 de jul. 2018.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 683.



Pela Teoria do risco administrativo nasce a obrigação do Estado de indenizar o terceiro que sofreu um dano em virtude de sua atuação, independentemente da existência de falta de serviço ou de culpa de determinado agente público. Ao terceiro que sofreu o dano não incumbe a comprovação de qualquer culpa do Estado ou do agente público, será a administração pública que em sua defesa poderá afastar a sua responsabilidade, se comprovar a ocorrência de alguma “excludente”.³

Os fundamentos para a responsabilidade objetiva que decorre da teoria do risco administrativo, segundo a doutrina e jurisprudência é o princípio da repartição igualitária dos ônus e encargos sociais. O Estado e as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos possuem responsabilidade pelo mero risco da atividade que exercem, ainda que atue de forma lícita e regular. Tal princípio é assim chamado porque o que se vê ao final é que o pagamento das indenizações será feito com o dinheiro do erário, e, portanto, com o dinheiro que pertence a toda coletividade, promovendo, então, a repartição igualitária dos ônus decorrentes da atividade administrativa.⁴

Conforme dito acima, o § 6º do art. 37 prevê que para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, que a ação causadora do dano a terceiro tenha sido praticada por agente público, nessa qualidade. Logo, a responsabilidade surgirá de uma atuação, ou seja, de uma conduta comissiva.

Porém, convém esclarecer, que há uma divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilidade civil do Estado em caso de omissão.

Para uma primeira corrente sustentada por Hely Lopes Meireles⁵ o art. 37, § 6º CF não faz distinção entre ação ou omissão. Sendo assim a responsabilidade do Estado será sempre objetiva.

A segunda corrente capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ sustenta ser restrita a aplicação do art. 37, §6º, CF à responsabilidade por ação do Poder Público, sendo subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado. Para o autor só faria sentido responsabilizar o poder público se houver o descumprimento de um dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Já para a terceira corrente defendida por Sérgio Cavalieri Filho⁷, entende que em se tratando de omissão específica - quando o Estado descumpre o dever jurídico específico - a responsabilidade é objetiva. Já em casos de omissão genérica - em que há o descumprimento do dever genérico de

³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 916.

⁴ *Ibid.*, p. 918-919.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 770.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1041.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 231.

ação - a responsabilidade é subjetiva.

No entanto em consonância com esse último entendimento, é preciso mencionar, que a responsabilidade do Estado também será do tipo objetiva por danos ocasionados, nas hipóteses de pessoas ou coisas que estejam sob a guarda, a proteção direta ou a custódia do Estado. Isto é, quando o Estado na posição de garante tem o dever legal de assegurar a integridade dessas pessoas ou coisas que possuem um vínculo com o Estado por meio de uma condição específica. Sendo assim, mesmo que o dano não tenha sido causado diretamente por atuação de seus agentes, o Estado responderá por uma omissão específica (quando o Estado tem o dever de atuar), a qual, para efeito de responsabilidade civil do Estado equipara-se à conduta comissiva.⁸

São exemplos de omissão específica quando um detento é morto dentro da unidade prisional, ou um aluno é agredido dentro de uma escola pública.

Vale ressaltar, que também nessas hipóteses, o Estado poderá comprovar - o ônus da prova é dele - a ocorrência de alguma excludente de sua responsabilidade, como por exemplo a hipótese de força maior ou caso fortuito.

Por outro lado, em se tratando de omissão genérica do Estado, ou seja, quando houver inexistência do serviço, deficiência do serviço ou atraso na prestação do serviço, o que prevalece é que a responsabilidade civil será do tipo subjetiva.

Nas palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁹:

Assim, na hipótese de danos advindos de omissões estatais, a regra geral será a sujeição do poder público a uma modalidade subjetiva de responsabilidade civil em que a pessoa que sofreu a lesão deverá provar a falta ou a deficiência de um serviço público a cuja prestação o Estado estava obrigado a demonstrar a existência de um efetivo nexo de causalidade entre o dano por ela sofrido e a omissão havida.

Para os que defendem que a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão genérica é subjetiva, o fundamento é a chamada teoria da culpa administrativa. Segundo essa teoria, o dever do Estado de indenizar o dano sofrido pelo particular somente existe caso seja comprovada a ocorrência de uma falha na prestação de um serviço público (“faute de service” – expressão consagrada pelo direito administrativo francês).¹⁰

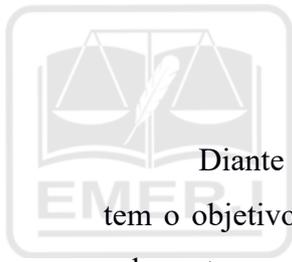
Convém mencionar, que o STF no RE nº. 841526¹¹ fixou a tese de que em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento.

⁸ ALEXANDRINO; VICENTE, op. cit., p. 924.

⁹ Ibid., p. 925.

¹⁰ Ibid., p. 915.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 841526. Relator: Luiz Fux. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acesso em: 15 ago. 2018.



Diante desse breve apanhado sobre a responsabilidade civil do Estado, o presente trabalho tem o objetivo de demonstrar - e irá fazer nos próximos capítulos – como o STF vem decidindo sobre o tema nos casos específicos envolvendo detentos.

Por fim, cabe esclarecer que a responsabilidade civil do Estado deve ser analisada com parcimônia, pois uma análise precipitada poderá levar a pensar que toda e qualquer situação em que o Estado estiver envolvido, ainda que de forma indireta, acarretará a responsabilidade deste. E a principal justificativa disso é que se vive num Estado social e democrático de direito, cuja função é o reconhecimento de vários direitos e a implementação de políticas públicas por parte do Estado.

2. O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS NO ÂMBITO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O Estado de Coisa Inconstitucional surgiu na Corte Constitucional colombiana, e foi reconhecido pela primeira vez na Sentencia de Unificación - SU 559, em 1997.¹²

Para que se reconheça o Estado de Coisas Inconstitucional, é necessária a constatação de três pressupostos: (i) um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; (ii) uma “falha estatal estrutural”, ou seja, a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; (iii) para que se alcance o resultado de solução e superação desse quadro exige-se a atuação de não apenas um órgão, e sim de uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc¹³.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Estado de Coisa Inconstitucional surgiu com o ajuizamento da ADPF nº 347¹⁴ pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), pedindo que a Suprema Corte declarasse que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos.

É de conhecimento de todos que o sistema prisional brasileiro vive uma grande crise. Nesse contexto, pode-se destacar inúmeros problemas, como a superlotação e a falta de condições

¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Estado de Coisa Inconstitucional*. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

¹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisa Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 25 ago.2018.

mínimas de saúde e de higiene¹⁵.

Sem dúvidas um dos principais problemas que se enfrenta atualmente no sistema carcerário é a superlotação. De acordo com números divulgados em dezembro de 2017 pelo levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), o Brasil é o terceiro país com mais presos no mundo¹⁶.

Associado à superlotação está à falta de investimentos, o abandono e o descaso do Poder Público com o sistema penitenciário. O resultado disso não pode ser outro senão a violação generalizada dos direitos fundamentais dos detentos.

Diante disso, o Plenário do STF, em setembro de 2015, concedeu parcialmente cautelar na ADPF nº 347¹⁷, estipulando providências para a solução da crise prisional. Na ocasião, o Plenário determinou ao Judiciário a implementação das audiências de custódia (na qual o preso deve ser levado à autoridade judiciária em até 24 horas) e determinou a liberação do saldo acumulado do Funpen à administração local.

Nessa mesma oportunidade, o STF reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional", com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. E que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas¹⁸.

Nas palavras do constitucionalista Marcelo Novelino¹⁹, na atualidade, “os direitos fundamentais são definitivamente reconhecidos como autênticas normas constitucionais (princípios e/ ou regras) de caráter vinculante para todos os poderes públicos, inclusive o legislador”.

Ademais, vale mencionar que diante da importância de se respeitar e efetivar os direitos fundamentais, hodiernamente, estes não apenas vinculam o Direito Público, mas também vem sendo aplicados às relações de âmbito privado. É o que a doutrina denomina de eficácia horizontal nas relações privadas.

Convém frisar que essa situação de violação generalizada dos direitos fundamentais decorre de uma omissão legislativa, administrativa e orçamentária atribuída aos três poderes (legislativo, executivo e judiciário), ocasionado uma “falha estrutural”. E, portanto, cabe ao STF o papel de

¹⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Estado tem o dever de indenizar pessoa que se encontre presa em situação de gradante*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/03/estado-tem-o-dever-de-indenizar-pessoa.html>>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁶MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A realidade carcerária do Brasil em números*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/07/02/realidade-carceraria-do-brasil-em-numeros/>>. Acesso em: 06 ago.2018.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 14.

¹⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado d e Coisa Inconstitucional*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹⁹NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 268



retirar os demais poderes da inércia e de coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados²⁰.

Uma vez reconhecido o Estado de Coisa Inconstitucional, ou seja, uma vez reconhecido que há um quadro de violação generalizado dos direitos fundamentais gerando uma verdadeira “falha estrutural”, o Judiciário conseqüentemente reconhece o direito de indenização por parte dos detentos contra o Estado.

Ora, como é sabido, os direitos da personalidade encontram-se intimamente relacionados aos direitos fundamentais, tendo em vista que todo aquele que possui personalidade merece proteção fundamental.

O art. 186 do Código Civil²¹ prevê que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A ofensa aos direitos da personalidade gera a vítima um dano de natureza não patrimonial, isto é, um dano moral e conseqüentemente, gera também a obrigação do ofensor de repará-lo. Ressalta-se, que o objetivo dessa reparação é de atenuar o sofrimento do lesado e de coibir a reincidência na prática de tal ofensa.

De acordo com Maria Helena Diniz²², o dano moral pode ser conceituado da seguinte forma:

“O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo a um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como nome, a capacidade o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).”

A forma mais costumeira de reparação do dano extrapatrimonial é a indenização pecuniária. A Constituição Federal²³ prevê a indenização por danos morais no art. 5º, incisos V e X, porém não estabeleceu um meio determinado para o seu ressarcimento.

Por outro lado, há quem defenda a reparação in natura do dano extrapatrimonial. O enunciado 589 do CJF²⁴ dispõe que a compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio.

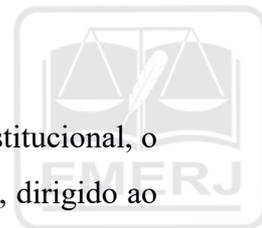
²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil, volume 7: responsabilidade civil*. 29. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 112.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ BRASIL. *Enunciado 589 do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834>>. Acesso em: 20 ago.2018.



Para embasar esse enunciado foi apresentada a justificativa de que no plano constitucional, o ressarcimento in natura revela-se compatível com o quanto dispõe o art. 5º, inc. V, que, dirigido ao ofendido, assegura o direito de resposta, além da indenização em função do dano causado. Ademais, o ressarcimento in natura é compatível com a lógica da despatrimonialização da responsabilidade civil, de modo a garantir ao ofendido a reparação integral do dano, o que nem sempre é alcançado mediante simples pagamento em dinheiro²⁵.

Todavia, entende-se como reparação in natura o refazimento do status quo do dano causado, isso significa dizer que o que foi “danificado” será restituído na forma como que era antes.

Assim, surge a seguinte indagação: a violação dos direitos fundamentais dos detentos que gera o direito ao ressarcimento deve ser necessariamente em dinheiro ou pode ocorrer por outros meios, como por exemplo, a remição?

3. DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO NOS CASOS DE PRESOS EM SITUAÇÃO DEGRADANTE E A POSSIBILIDADE DE REMIÇÃO

O artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal²⁶ prevê que é dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral. Tal dever não é apenas constitucional, pois a Convenção Americana de Direitos Humanos²⁷, de 1969, em seus artigos 5º, 11 e 25 também garante tais direitos.

Percebe acima, que o intuito da Constituição Federal de 1988 é promover a humanização da pena. Tal intuito tem uma razão de ser quando se analisa o aspecto histórico. Isso porque a Constituição Federal de 1988 foi promulgada após um longo período de ditadura, em que durante esse período foram praticados inúmeros abusos pelas autoridades ligadas ao sistema penitenciário.

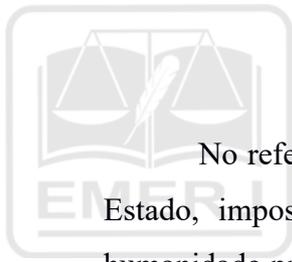
Diante disso e com o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional do sistema carcerário, como foi abordado no capítulo anterior, o Superior Tribunal Federal em 16 de fevereiro de 2017 entendeu que o preso submetido à situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais. No Recurso Extraordinário (RE) 580252²⁸, com repercussão geral reconhecida, os ministros restabeleceram decisão que havia fixado a indenização em R\$ 2 mil para um condenado.

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁷ BRASIL. BRASIL. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basico/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 15 de set. 2018.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estado deve indenizar preso em situação degradante*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em: 30 ago. 2018.



No referido recurso extraordinário o STF fixou a tese de que tendo em vista 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 Carta Magna de 1988²⁹, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento³⁰.

Vale ressaltar, que de acordo com o tema abordado no 1ª capítulo sobre a responsabilidade civil do Estado, a jurisprudência do STF, no recurso extraordinário acima citado, consagrou o entendimento de que o Estado possui responsabilidade objetiva pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia. Isso porque, nesse caso, o Estado tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados, e, portanto, trata-se de omissão específica do Estado.

Ainda no Recurso Extraordinário citado, em que se discute a responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, o ministro Luís Roberto Barroso³¹ em seu voto no dia 06 de maio de 2015 propôs uma solução para o pagamento das indenizações.

Para ele, ao invés de indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições degradantes deve-se conceder a estes, quando for cabível a indenização, a remição de dias da pena.

O argumento do ministro Barroso é no sentido de que o pagamento de indenizações pecuniárias não resolve o problema nem do indivíduo nem do sistema, podendo mesmo agregar complicações, já que não foram estabelecidos quaisquer critérios. Além disso, eventual decisão do STF confirmando a possibilidade de indenização pecuniária abriria outro flanco grave: a deflagração de centenas de milhares de ações em diferentes estados do Brasil, de presos requerendo indenizações³².

A base legal é o art. 126 da Lei de Execução Penal³³ que dispõe que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

As penas para serem justas e proporcionais devem levar em consideração o direito de individualização da pena assegurado na Constituição Federal. Neste sentido, a remição de pena

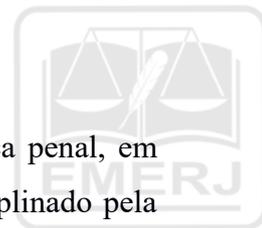
²⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁰ CAVALCANTE, op. cit., nota 14.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro Barroso propõe remição como forma de indenizar presos em situações degradantes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290987&caixaBusca=N>>. Acesso em: 16 set. 2018.

³² BRASIL, op. cit., nota 26.

³³ BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.



revela-se como o direito do condenado de abreviar o tempo imposto em sua sentença penal, em decorrência de trabalho, estudo e, de forma mais recente, pela leitura, conforme disciplinado pela Recomendação nº. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ³⁴.

A possibilidade de indenizar os detentos por meio do instituto da remição, como propõe o ministro Barroso, mostra-se a solução mais viável diante da crise econômica que assola o Brasil.

Como já foi dito no presente trabalho, o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo, e é justamente esse um dos fatores que poderá ocasionar uma verdadeira bola de neve nos cofres públicos. Supondo que todas as pessoas que estão presas em uma unidade prisional que apresenta péssimas condições, como superlotação e falta de condições mínimas de saúde e de higiene resolva entrar na justiça e pleitear a indenização que lhe é devida. Com certeza isso iria gerar um impacto catastrófico no orçamento público.

Outra consideração que deve ser feita é que mesmo após a condenação do Estado o preso que foi indenizado em pecúnia ainda continuará submetido às mesmas condições degradantes e desumanas. E mais, o dinheiro público que eventualmente poderia ser destinado para melhorar as condições dos sistemas prisionais, será destinado ao pagamento de milhares de indenizações oriundas de ações espalhadas em quase todos os Estados da Federação.

Ademais, considerando que a função do dano moral é compensar a dor e o sofrimento da vítima, a melhor forma de compensar uma pessoa que está vivendo em condições degradantes é fazer cessar tal condição. Em relação aos detentos, não deveria ser diferente, pois apesar de estarem cumprindo penas privativas de liberdade em razão do cometimento de um ilícito penal, esta pena não pode ser cruel e desumana, sob pena de violar os preceitos constitucionais.

O ministro Luís Roberto Barroso ³⁵, em seu voto, ainda diz que:

esta solução não afasta inteiramente a indenização pecuniária, mas lhe confere caráter subsidiário. O ressarcimento em dinheiro dos danos morais será cabível apenas quando a remição da pena não for possível. Como se verá adiante, isso ocorreria, por exemplo, no caso de detentos que já tivessem cumprido integralmente a pena ou de preso provisório que tivesse se sujeitado a condições desumanas de encarceramento, mas fosse posteriormente absolvido.

Assim, a proposta formulada pelo ilustre ministro foi de um dia de redução da pena – remição - por 3 a 7 dias de prisão em situação degradante, para aqueles que ainda estão cumprindo pena, já em relação aos que já tiveram sua pena extinta o ressarcimento pelos danos morais será forma de indenização pecuniária.

Convém esclarecer que em que pesem serem muitos os benefícios da remição como forma

³⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Saiba como funciona a remição da pena*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81644-cnj-servico-como-funciona-a-remicao-de-pena>>. Acesso em: 16 set. 2018.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº. 580.252/MS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.



de indenização pelos danos morais sofridos pelos detentos, tanto para o Estado quanto para o preso, venceu a tese de que presos submetidos a condições desumanas e a superlotação em presídios devem ser indenizados em dinheiro.

Entretanto, é possível que o poder legislativo, diante do reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional, encampe a tese da remição pelo dano moral para promover uma alteração na Lei de Execução Penal, a fim de fazer constar além da remição pelo trabalho e pelo estudo, a remição quando houver violação dos direitos fundamentais dos presos em razão das condições estruturais dos presídios.

Isso é possível pois, apesar de o STF possuir, segundo a CF/88, a missão de dar a última palavra em termos de interpretação da Constituição, o Poder Legislativo, em sua função típica de legislar, não fica vinculado aos efeitos das decisões do STF.

CONCLUSÃO

O presente trabalho trouxe um panorama geral sobre a responsabilidade civil do Estado, em especial a responsabilidade civil objetiva ocasionada por omissão específica nas hipóteses de pessoas ou coisas que estejam sob a guarda, a proteção ou a custódia do Estado.

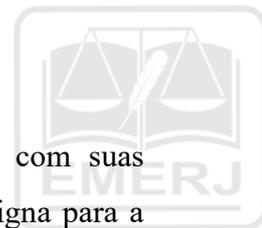
Para além disso, também buscou-se trazer à reflexão a situação atual em que se encontra o sistema carcerário brasileiro. O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº. 347, que o sistema do penitenciário vive um Estado de Coisa Inconstitucional apenas serviu para afirmar o que já era de conhecimento de muitos.

A triste realidade é que em inúmeras penitenciárias no Brasil encontramos presos sem alimentação, sem assistência à saúde, vivendo em verdadeiros cubículos, sujeitos a todos os tipos de doenças e infecções, ou seja, vivendo em condições desumanas. Então os presos acabam ficando doentes, e depois de um determinado tempo, o envelhecimento, tanto físico quanto na capacidade laborativa ocorre de forma demasiadamente acelerada.

Esse dano que o indivíduo sofre em razão da desassistência total do Estado em face da sua própria omissão deve ser indenizado de alguma forma. Diante disso, o plenário do STF reconheceu, no RE nº. 580.232, que os presos em situações degradantes devem ser indenizados em pecúnia com a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) pelos danos morais sofridos.

No entanto, o Ministro Luiz Roberto Barroso, em seu voto, apresentou a tese da remição pelos danos morais. Isto é, os presos, na visão do ministro, devem ser indenizados pelos danos morais sofridos por meio do instituto da remição.

Tal tese mostra-se mais vantajosa tanto sob o ponto de vista do preso quanto sob o ponto de



vista do Estado. Isso porque o Estado não está conseguindo arcar nem mesmo com suas obrigações básicas, que são os salários dos servidores públicos, educação e saúde digna para a população que dirá arcar com indenizações de todos os seus presos que, por sua omissão, vivem um verdadeiro caos.

No que tange ao preso, tal situação também se mostra mais vantajosa, pois a indenização em dinheiro no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) talvez em nada mude a sua vida. No entanto, o benefício da remição pode lhe trazer mais esperanças e reais condições de cumprir a pena em menos tempo, e conseqüentemente, refazer a sua vida na sociedade.

Vale frisar que o ideal é que o Estado consiga cumprir os mandamentos constitucionais e construa estruturas carcerárias que assegurem um ambiente com um mínimo de garantias previstas na Carta Magna.

Porém, em que pese à tese da indenização do dano moral por meio da remição ser mais benéfica, caso esta fosse acolhida pelo Supremo Tribunal Federal estaria eivada de inconstitucionalidade. Isso porque não cabe ao STF legislar e criar uma nova hipótese de remição por meio de acórdão, uma vez que compete ao legislativo criar as leis e ao judiciário interpretá-las.

Por derradeiro, cumpre destacar que as decisões do STF não vinculam o Poder Legislativo, e este pode a qualquer momento inovar no ordenamento jurídico, uma vez que é também um autêntico intérprete da Constituição. Sendo assim, a Lei de Execução Penal merece uma alteração legislativa para passar a prever a possibilidade de remição em caso de indenização por danos morais, o que trará mais segurança jurídica e efetividade para a vida dos detentos que cumprem suas penas em locais desumanos e degradantes.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de jul. 2018.

_____. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 15 de set. 2018.



_____. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81644-cnj-servico-como-funciona-a-remicao-de-pena>>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. *Enunciado 589 do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834>>. Acesso em: 20 ago.2018.

_____. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal. RE nº 841526*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347*. Relator: Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em 25 ago.2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Estado deve indenizar preso em situação degradante*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290987&caixaBusca=N>>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisa Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Estado tem o dever de indenizar pessoa que se encontra presa em situação degradante*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/03/estado-tem-o-dever-de-indenizar-pessoa.html>>. Acesso em: 18 set. 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisa Inconstitucional*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Estado de Coisa Inconstitucional*. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 05 ago. 2018.



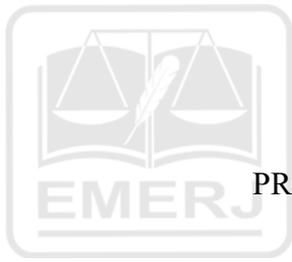
DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil, volume 7: responsabilidade civil*. 29. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A realidade carcerária do Brasil em números*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/07/02/realidade-carceraria-do-brasil-em-numeros/>>. Acesso em: 06 ago.2018.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.



PROPRIEDADE INTELECTUAL NO DIREITO DA MODA (*FASHION LAW*)

Ana Carolina Andrade Portugal

Advogada. Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Com a globalização e a produção em massa de itens de consumo, a indústria da moda apresentou, nos últimos anos, um crescimento vertiginoso, o que contribuiu para também para o aumento de cópias e falsificações no mercado. Com a Constituição de 1988 e o advento das Leis nº 9.610/98 e 9.279/96, respectivamente, Lei de Direitos Autorais e Lei de Propriedade Industrial, os direitos dos produtores e criadores de moda passaram a receber maior proteção através do instituto da Propriedade Intelectual. No entanto, estes mecanismos protetivos não se mostram eficientes a ponto de evitar a ocorrência de violações a estes direitos, o que evidencia a necessidade de aperfeiçoamento destes institutos a fim de garantir uma proteção mais efetiva aos produtores e criadores de moda, através de um procedimento de registro mais célere e seguro.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Propriedade Intelectual. Direito da Moda.

Sumário – Introdução. 1. O tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro à Propriedade Intelectual. 2. Análise das violações perpetradas contra a Propriedade Intelectual no ramo da moda. 3. Efeitos práticos da aplicação do instituto da Propriedade Intelectual como forma de proteção às criações de moda. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a aplicação da propriedade intelectual no Direito da Moda, dentro de um contexto de proteção aos autores de criações de estilo. Procura-se demonstrar a importância deste instituto para a garantia de proteção ao direito autoral e para o controle da entrada de cópias e produtos falsificados no mercado nacional, bem como as consequências desta aplicação no ordenamento jurídico.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a discutir se o emprego deste instituto no ramo da moda tem se mostrado eficaz ao ponto de inibir certas práticas nocivas à própria livre concorrência, bem como a solução dada pelo Poder Judiciário a esta controvérsia.

A Constituição Federal estabelece a proteção à Propriedade Intelectual como direito fundamental em seu Capítulo dos Direitos Individuais e Coletivos. Muitos estilistas, produtores e designers desenvolvem seus produtos, utilizando de seu arcabouço criativo e intelectual, com o intuito de gerar um produto único e original a ser oferecido com exclusividade. Esta expectativa, no entanto, é frequentemente frustrada diante da reprodução desordenada de cópias e falsificações, muitas vezes veladas, lançadas no



mercado consumidor a preços que inibem a competitividade. Essa situação traz, portanto, os seguintes questionamentos: quais medidas eficazes para impedir estas práticas? Em caso de violação, quais as consequências cabíveis?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que o Poder Judiciário tenta intervir o mínimo possível no livre funcionamento do mercado.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “Propriedade Intelectual” e compreender como esse conceito foi alterado no ordenamento jurídico pátrio ao longo dos anos, principalmente depois do advento da Constituição Federal de 1988. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para as consequências da aplicação deste instituto no ordenamento pátrio e se a atual proteção conferida aos criadores de produções de moda é suficiente para garantir a observância dos direitos de autor.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da presente Carta Constitucional no Direito de Propriedade Intelectual, bem como do advento da chamada Lei de Propriedade Intelectual no tratamento dos institutos contemporâneos relacionados ao Direito da Moda.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o Direito de Autor é bem jurídico tutelado pela ordem jurídica brasileira, com o objetivo de aferir de que maneira se verifica, em concreto, a violação a esse bem jurídico no ramo da moda.

O terceiro capítulo pesquisa as consequências da aplicação das medidas protetivas inerentes à Propriedade Intelectual no Direito da Moda. Procura-se explicitar como é possível empregar os mecanismos deste instituto na defesa das criações de moda, tendo em vista a importância da preservação destes direitos para a própria garantia da livre concorrência e da ordem econômica. Para tanto, foi necessário refletir se as violações ao Direito de Autor no ramo da moda têm sido efetivamente combatidas, bem como se os instrumentos previstos legalmente são suficientes para garantir a tutela destes direitos.

Através do método hipotético-dedutivo, a pesquisa será desenvolvida com vistas à obtenção de um conjunto de proposições hipotéticas, as quais são tidas pelo pesquisador como as mais apropriadas para investigar as premissas pelas quais se estruturou a pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para se alcançar este objetivo, esta pesquisa jurídica irá se utilizar da abordagem qualitativa quanto ao objeto de estudo, através do uso da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e



jurisprudência) – para comprovação da tese defendida.

1. O TRATAMENTO DADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À PROPRIEDADE INTELECTUAL

A proteção ao direito de propriedade do autor de invenção ou obra foi primeiro conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1824, motivada pelas mudanças trazidas através da Revolução Industrial, que proporcionou um aumento na produção em massa de itens de consumo. O art. 179, XXVI¹, da Constituição do Império assegurava o privilégio exclusivo temporário aos inventores, sob pena de ressarcimento pelas perdas e danos decorrentes de sua violação.

A partir disso, foi editada, em 1875, a primeira lei de marcas e patentes no Brasil, ao que se seguiram diversas legislações extravagantes regulamentando o direito marcário, até que em 1945 foi editado o chamado Código de Propriedade Industrial Brasileiro, Decreto Lei nº 7.903/45, cuja vigência perdurou até 1996.

Em 1970, importante mudança foi operada no panorama dado pelo ordenamento jurídico à propriedade intelectual com a criação do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

A Constituição Federal de 1988, influenciada pelo movimento global de proteção aos direitos autorais, trouxe a previsão, no rol de seus direitos fundamentais, da proteção ao direito de autor e da propriedade intelectual, no art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX², dando status constitucional à preservação destas garantias àqueles que produzem obras ou inventos industriais.

Por fim, o grande marco desta evolução legislativa quanto à matéria de Propriedade Intelectual se deu com a edição das leis de Direitos Autorais e de Propriedade Industrial, respectivamente, Lei nº 9.610/98 e Lei nº 9.279/96. Estes diplomas legais se mostraram importantes instrumentos de preservação destes direitos, ao prever mecanismos protetivos aos seus titulares e sancionatórios em caso de violação.

Neste diapasão, entende-se por propriedade intelectual, tendo em vista o tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 à matéria, como um desdobramento do próprio direito de propriedade, pela qual decorrem os direitos de autor e a propriedade

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018

² BRASIL, op. cit., nota 2.



industrial. Deste modo, o que a Constituição busca proteger é o conteúdo patrimonial aferível com os direitos autorais, na medida em que garante ao seu detentor a exclusividade na utilização, fruição e disposição da obra pelos prazos definidos em lei³. A propriedade industrial, por sua vez, visa não somente à proteção dos direitos do inventor ou do autor de criações industriais, mas também ao desenvolvimento tecnológico, científico e econômico do país, através do fomento destas atividades, visando não apenas a um interesse individual, mas de toda a coletividade.

O conceito de Propriedade Industrial, como consectário da própria Propriedade Intelectual, é definido, nas palavras de Waldo Fazzio Júnior, como o complexo de direitos intelectuais que se projeta no ramo empresarial, reconhecido pelo ordenamento jurídico através da concessão de patentes de invenção e registros de marcas e desenhos⁴.

No que se refere à aplicação legal deste instituto no Direito da Moda, certo é que os desenhos de moda, ou croquis, podem ser objeto de proteção da Propriedade Intelectual por se enquadrarem no conceito de “desenho industrial” trazido pelo art. 95 da Lei nº 9.279/96⁵, de modo que ao seu autor é reconhecido o direito de patente que garante a propriedade pelo tempo determinado em lei.

De acordo com o conceito trazido pela lei, o desenho industrial tem por finalidade dar nova aparência a um produto, alcançando um objetivo puramente estético, não se relacionando com a funcionalidade da coisa. Neste sentido é que não apenas o desenho industrial criado pelos produtores de moda pode ser objeto de proteção legal, como também os modelos de utilidade por eles criados, a fim de proporcionar uma garantia mais abrangente do seu direito de propriedade.

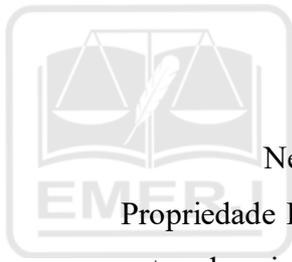
Cumprе ressaltar que a Lei de Propriedade Industrial alcança apenas os desenhos de moda criados para fins de comercialização, na medida em que os desenhos criados com fins puramente artísticos são objeto de proteção do direito autoral, a serem regidos pela Lei nº 9.610/98, não estando abrangidos pela patente.

Com relação aos mecanismos efetivos de garantia trazidos pela Lei nº 9.279/96, destaca-se o reconhecimento do direito de patente, pelo qual ao seu titular é conferido o direito de impedir que terceiros produzam, usem ou comercializem seus produtos ou processos de criação, sem o seu consentimento.

³ BASSO, Maristela. A tutela constitucional da propriedade intelectual na Carta de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 45, n. 179, p. 39-41, jul./set. 2008.

⁴ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

⁵ BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9279.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.



Neste sentido, em caso de violação indevida deste direito, o art. 44 da Lei de Propriedade Industrial⁶ prevê a garantia de indenização do seu titular, o que previne que o autor de criações ou invenções de moda tenham seus direitos atingidos por terceiro, de modo a conferir a exclusividade sobre o uso e fruição de suas obras.

Há, ainda, a questão do “*trade-dress*”, ou conjunto-imagem, que representa o conceito da marca ou produto, através dos sinais distintivos que os diferenciam no mercado, pelos quais os consumidores identificam determinado produto como sendo de uma marca específica⁷. No ramo da moda, este conceito se mostra especialmente importante através do uso de desenhos ou representações gráficas em etiquetas, logotipos ou estampas acopladas ao produto, capazes de aumentar o seu valor por estarem relacionados a uma marca de alta relevância no mercado.

Deste modo, a Lei nº 9.279/96 vem garantir a proteção das marcas no geral, bem como das marcas de alto renome e de conhecimento notório, por meio de um sistema de proteção especial, com vistas a evitar a proliferação de cópias e falsificações, em evidente prejuízo aos consumidores.

Em última análise, este sistema protetivo busca assegurar a própria manutenção da atividade do produtor de moda, na medida em que permite o retorno financeiro dos investimentos realizados para pesquisa, criação e desenvolvimento do produto, evitando a injusta violação por terceiros alheios a esse processo.

Sabe-se que a indústria da pirataria representa grave problema social, por não apenas violar os direitos de Propriedade Intelectual, mas também por, muitas vezes, fazer uso da terceirização de mão-de-obra escrava em países subdesenvolvidos. Os trabalhadores expostos a este sistema acabam por serem submetidos a rotinas degradantes, com jornadas de trabalho exaustivas em locais insalubres, sem remuneração adequada e muitas vezes com privação da liberdade.

Neste sentido é que se mostra de especial importância o estudo da aplicação da Propriedade Industrial no Direito da Moda, a fim de verificar de que forma o sistema protetivo do ordenamento jurídico brasileiro vem efetivamente combatendo as violações perpetradas contra o direito dos criadores e produtores de moda, bem como a necessidade de eventual aperfeiçoamento desta estrutura para melhor atender aos anseios do mercado.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 5.

⁷ PLÁCIDO, Lucila de Castro. *Fashion Law: a relevância jurídica da moda*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15833&revista_caderno=27>. Acesso em: 23 mai. 2018.

2. ANÁLISE DAS VIOLAÇÕES PERPETRADAS CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL NO RAMO DA MODA

Com a globalização e a consequente expansão do mercado consumidor da indústria de moda, os produtores se viram diante de uma grave situação: a proliferação de cópias e uma crescente apropriação de criações e produtos a gerar uma série de ofensas aos direitos de Propriedade Intelectual dos produtores de moda.

Nesse sentido, é que os instrumentos legais previstos no ordenamento jurídico se mostram úteis para proteção e garantia dos direitos de criação dos designers de moda, principalmente no que diz respeito aos Direitos de Autor e aos registros previstos na Lei de Propriedade Industrial.

Alguns casos se tornaram notórios, alcançando grande repercussão na imprensa internacional, servindo de paradigma para o julgamento de casos análogos no Direito Comparado. Tais situações, no mais das vezes, dizem respeito à falsificação de produtos de marcas de grande renome da costura internacional, gerando, ao mesmo tempo, lucros e prejuízos exorbitantes.

Como exemplo, é possível citar o caso *Louboutin x Yves Saint Laurent*, no qual o designer de calçados francês Christian Louboutin moveu uma ação contra a grife francesa perante a Corte Federal Norte-Americana, em razão da produção de uma coleção de sapatos monocromáticos vermelhos, sob a alegação de violação de seu direito de propriedade industrial, assegurado pelo registro prévio de “*trademark*” dos solados vermelhos de calçados femininos perante o USPTO (*United States Patent and Trademark Office*)⁸.

Na hipótese, a Corte Federal americana entendeu, em primeira análise, pela improcedência do pedido, por considerar não ser possível o registro de patente do uso de uma cor, determinando, ainda, o cancelamento do registro efetuado no USPTO. No entanto, o estilista francês ajuizou recurso contra a referida decisão, sob o argumento de que a cor poderia, sim, ser objeto de registro de patente. A tese recursal foi acolhida, e a Corte entendeu por manter o direito da grife Yves Saint Laurent de comercialização dos calçados, desde que não possuam o solado vermelho em destaque, por ser este o elemento distintivo dos calçados de Louboutin.

Outro caso emblemático no âmbito do *Fashion Law* diz respeito ao uso da estampa “*Canvas Monogram*” nos produtos da gigante francesa *Louis Vuitton*, que constantemente tem

⁸ LIMA, Jade Vinagre. *Propriedade Intelectual e a Moda: Ascensão do Fashion Law*. Disponível em: <<http://irisbh.com.br/propriedade-intelectual-e-a-moda-a-ascensao-do-fashion-law/>>. Acesso em: 25 ago. 18.



sido alvo de pirataria ao redor do mundo. Para combater essa prática, a grife possui um departamento próprio de Propriedade Intelectual, contando com inúmeras marcas e direitos de propriedade registrados, inclusive da icônica estampa.

No Brasil, a *Louis Vuitton* ajuizou ação, perante o Tribunal de São Paulo, em razão do uso indevido das estampas “*Canvas Monogram*” e “*Damier*”, de sua propriedade. Na hipótese, o Tribunal paulista, aplicando o Princípio da Anterioridade, reconheceu que a grife francesa possui o registro prévio do nome empresarial “*Louis Vuitton*”, ainda que este tenha sido realizado em território estrangeiro.

Desse modo, constatada a atuação da autora e da ré no mesmo segmento de mercado da moda e a semelhança gráfica e fonética entre ambas, o Tribunal entendeu por bem condenar a empresa denominada “*Viviton*” a alterar sua denominação social e a impedir a continuidade do uso das estampas “*Canvas Monogram*” e “*Damier*” em seus produtos, diante da clara violação ao direito de exclusividade da marca *Louis Vuitton*⁹.

Um dos casos de maior repercussão no mercado da moda brasileiro é o que trata do litígio envolvendo a grife francesa Hermés e a marca paulista Village 284, em que a primeira acusa a Village 284 de ter violado seus direitos de autor quanto à produção de bolsas que remetem ao design de uma peça clássica da Hermés.

Nesta situação, o Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰ aplicou o entendimento pelo qual os produtos de moda se inserem no rol trazido pelo art. 7º da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), ainda que não taxativamente exposto, por terem natureza artística e serem obras intelectuais. No caso em comento, a bolsa denominada “*Birkin*” se caracterizaria como verdadeira obra de arte, diante de sua produção totalmente artesanal e exclusiva, sendo, portanto, tutelada pelo direito de autor.

Esta é uma hipótese, portanto, em que se vê a aplicação concreta dos postulados do Direito Autoral no ramo da moda, de modo a proteger aquele que cria um produto que, ainda que passível de utilização, é considerado artístico pelo *design* e características que ostenta.

Outras situações análogas já foram apreciadas nos tribunais brasileiros sobre a matéria, dentre as quais se pode citar os casos envolvendo a grife de sapatos *Arezzo*¹¹ e a

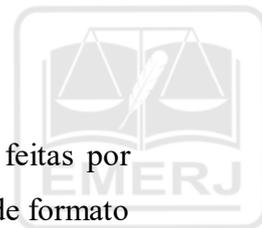
⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0212964-86.2010.8.26.0100*. Relator: Des. Ricardo Negrão. Disponível em:

https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=6093362&cdForo=0&uuiidCaptcha=sa_jcaptcha_e156cd9dc785484c80e53b0145584c94&v1Captcha=WVc&novoV1Captcha=. Acesso em: 25 ago. 18.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0187707-59.2010.8.26.0100*. Relator: Des. Costa Netto. Disponível em:

https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9706355&cdForo=0&uuiidCaptcha=sa_jcaptcha_66c85f178d2947d7ba205a51be3c5c26&v1Captcha=HPDk&novoV1Captcha=. Acesso em: 03 set. 18.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 20.660/RS. Relator: Ministro João Otávio de Noronha.



gigante de departamento *C&A*¹², ambas acusadas de se apropriarem de criações feitas por artesãos que desenvolveram objetos artísticos singulares, seja através de técnica ou de formato específicos. Ainda que as empresas tenham argumentado que os itens em questão tratam-se de criações utilitárias ou não exclusivas, ambas as decisões judiciais reconheceram a aplicação do Direito Autoral na hipótese, diante do inequívoco caráter artístico e original dos produtos.

Através da análise desses casos apreciados pelo Poder Judiciário, observa-se a necessidade de discussão acerca da prática de contrafação, definida pelo art. 5º, VII, da Lei de Direito Autoral¹³ como sendo a “reprodução não autorizada”. Ainda que prevista apenas na LDA, a contrafação pode ocorrer também no âmbito da Propriedade Industrial, uma vez que se trata da reprodução ou imitação de marca alheia registrada, capaz de confundir o consumidor, devendo, portanto, no caso concreto, ser feita uma distinção entre as duas hipóteses de contrafação existentes, a fim de dar a correta aplicação legal ao caso.

Com isto, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro busca a máxima efetividade possível na garantia dos direitos dos produtores de moda, através de uma proteção ampla, que abrange não apenas o Direito Autoral, como também a Propriedade Industrial e o Direito de Marca.

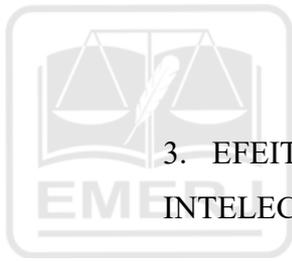
Tal abrangência na proteção e efetivação do Direito da Moda não apenas é relevante como também necessária, uma vez que é através da aplicação das ferramentas de garantia destes direitos que se irá evitar a sua violação, ou minimizar os danos por ela gerados.

Cumprе ressaltar, ainda, que o Direito da Moda não se presta apenas a proteger o direito dos grandes produtores e da indústria da moda, mas, em última análise, do próprio autor de criações que, ainda que de forma artesanal, produz itens de vestuário e acessórios usando de sua criatividade. Por esta razão, é tão importante fortalecer os mecanismos empregados pela legislação e pela jurisprudência na aplicação destes institutos, a fim de garantir que aquele que produz um item de moda não terá seus direitos violados em face das práticas concorrenciais e muitas vezes predatórias do mercado.

Disponível em: http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=16703236&num_registro=201100943262&data=20110812&formato=PDF. Acesso em: 3 set. 2018.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 00721174-63.2004.8.19.0001*. Relator: Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000340DA0114AEFC3E45AF86563D121F18096DC40242100B&USER=>>. Acesso em: 3 set. 2018.

¹³ BRASIL. *Lei nº 9.610*, de 19 de fevereiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19279.htm. Acesso em: 23 mai. 2018.



3. EFEITOS PRÁTICOS DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO ÀS CRIAÇÕES DE MODA

Conforme já exposto no presente trabalho, diversas são as formas, previstas pelo ordenamento brasileiro, pelas quais se podem proteger as criações de moda. Dentre elas, pode-se mencionar: a patente, o direito de autor, o desenho industrial e o registro de marca. No entanto, ao analisar a aplicação destes institutos ao Direito da Moda, é possível perceber que ainda há uma série de dificuldades práticas para sua plena concretização, o que demanda um maior aperfeiçoamento deste sistema.

O instituto da patente, previsto no art. 5º, XXIX, CRFB/88¹⁴ e no art. 8º da Lei nº 9.279/96¹⁵, se presta a proteger as chamadas invenções, consideradas assim aquelas criações que preencham os requisitos da novidade, da atividade inventiva e da aplicação industrial, e se divide em duas espécies: as patentes de invenção e os modelos de utilidade. A primeira é conferida ao produto ou técnica inteiramente novos, enquanto a segunda é aplicada aos objetos cuja utilização importe em um aperfeiçoamento técnico de um produto já existente.

Neste sentido, o inventor que obtém o benefício da patente garante a exclusividade de exploração do seu invento, podendo exigir a cessão e o licenciamento oneroso de seu produto, conforme arts. 58 e 61 da Lei de Propriedade Industrial¹⁶.

No entanto, a aplicação deste instituto no Direito da Moda encontra alguns óbices, uma vez que o art. 10, IV, da LPI¹⁷, veda o emprego da patente às criações de caráter estético¹⁸. Uma vez que a maior parte das criações de moda possuem fins principalmente estéticos, fica clara a impossibilidade do registro de patente a esses produtos. Do mesmo modo, o requisito da novidade, exigido para a garantia da patente, dificilmente é verificado no ramo da moda, já que a maioria dos produtos são elaborados em cima de bases já existentes no universo do vestuário: vestidos, blusas, bolsas, etc.

Não obstante, cumpre ressaltar que nem todas as criações de moda estão distantes do conceito de patente, diante das grandes inovações produzidas pela indústria têxtil, como a criação de tecidos tecnológicos, sustentáveis e inteligentes. Neste ponto, portanto, é importante fazer uma crítica ao modelo brasileiro de concessão de registro de patentes, que

¹⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 5.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ DE OLIVEIRA, Cíntia Bell. BRUCH, Kelly Lissandra. Fashion Law e Propriedade Intelectual: uma análise dos métodos de proteção de ativos oriundos da indústria da moda. *PIDCC*. Aracaju, ano VII, v. 12, n. 01, p. 001-029, fev. 2018.

ainda cria entraves à aplicação deste instituto à indústria da moda, em verdadeiro descompasso com o dinamismo que este ramo traz.

Com relação ao Direito Autoral, verdadeiro objeto de estudo da Propriedade Intelectual, observa-se que o ordenamento coloca sob seu manto protetivo as chamadas “criações do espírito”, conforme dispõe o art. 7º e seus incisos da Lei nº 9.610/98¹⁹. Apesar de tal conceito possuir caráter indeterminado, certo é que as criações de cunho estético estão abarcadas sob esta definição, ao contrário do que ocorre na patente.

Dentre os benefícios conferidos àquele que obtém a proteção do Direito Autoral, pode-se mencionar a proteção irrestrita da obra, para além dos critérios territoriais do país, uma vez que o Brasil é signatário da Convenção de Berna, e o caráter vitalício desta proteção, que se estende após a morte do autor aos seus herdeiros e sucessores por mais 70 anos, conforme art. 24, § 1º, da Lei de Direito Autoral²⁰. Ademais, a proteção do Direito Autoral possui um caráter dúplice, abrangendo tanto os direitos patrimoniais como os direitos morais do autor da obra, o que representa uma inegável vantagem deste instituto.

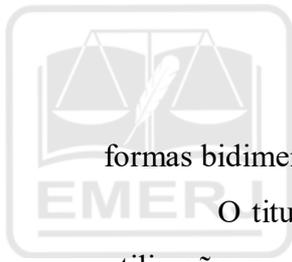
Outra característica da aplicação do Direito Autoral no nosso ordenamento é a faculdade do registro, uma vez que a proteção é garantida ao autor pela mera externalização da criação por qualquer meio. No entanto, uma vez que se deseje realizar o registro da criação, deve o interessado se dirigir à Biblioteca Nacional, à Escola de Música, à Escola de Belas Artes, ao Instituto Nacional de Cinema, entre outros, conforme a natureza da obra.

No entanto, em que pese as criações artísticas serem abrangidas pelo conceito de obra intelectual, e de não existir qualquer vedação legal à aplicação do Direito Autoral às criações de moda, é necessário um cuidado na definição do que pode ou não ser considerado criação apta a ensejar a proteção deste instituto. E isto porque é normal, na indústria da moda, que seus criadores, se utilizem, por diversas vezes, de ideias ou tendências pré-concebidas, muitas vezes até de épocas anteriores – a chamada moda “*vintage*” ou “*old school*” – para criar uma base para produção de novos itens, não podendo a indústria ficar “engessada” em razão da proteção autoral, devendo o ordenamento se adaptar ao dinamismo desta indústria.

No que se refere ao chamado Desenho Industrial, tem-se que este é um dos institutos com maior aplicabilidade no Direito da Moda, uma vez que se aplica a todos os produtos industriais que apresentem um formato novo a ser aplicado em um produto, proporcionando um resultado visual original. De acordo com a interpretação legal, a proteção do Desenho Industrial pode ser conferida tanto para as formas plásticas tridimensionais como para as

¹⁹ BRASIL. op. cit., nota 13.

²⁰ Ibid.



formas bidimensionais, em todos os ramos da indústria.

O titular do registro de Desenho Industrial possui o privilégio temporário sobre sua utilização, e a concessão deste registro prescinde de exame de mérito, sendo realizado apenas um exame preliminar formal, o que garante maior celeridade neste processo. No entanto, este fator pode contribuir para a concessão do registro a um produto que não preencha o requisito da novidade, razão pela qual recomenda-se que o titular do desenho requeira o exame prévio previsto no art. 111, LPI²¹, a fim de se resguardar contra eventuais infratores. Realizado este exame, e verificada a ausência dos requisitos necessários à concessão do Desenho Industrial, deve ser instaurado de ofício um processo administrativo de nulidade deste registro.

Em relação ao Direito da Moda, observa-se que a LPI, no seu art. 100, II²², veda a concessão deste registro as formas necessárias ou essencialmente técnicas dos produtos, o que impede que produtos de moda que ostentem características comuns ou vulgares obtenham esta proteção, que fica garantida apenas às formas ornamentais, que anexadas ao molde vulgar do produto, lhe confirmam um caráter original e novo.

Este instituto tem sido aplicado em todos os ramos da moda no Brasil, seja através da indústria têxtil, calçadista, de artefatos de couro ou de joias. Como exemplo, pode-se citar os tecidos rendados da estilista Martha Medeiros, que estão protegidos pelos seguintes registros de Desenho Industrial: DI's 7101282-6, 7101283-4 e 71001284-2, por representarem padrões ornamentais aplicados em tecidos rendados industrializados, e o formato dos calçados CROC'S, protegido sob o registro de DI nº 6800166-5, pelos seus autores, como forma distintiva de calçado como marca tridimensional²³.

Por fim, no que tange à aplicação do Direito Marcário, tem-se que o registro de marca é utilizado na indústria da moda como forma de proteger o nome de um criador ou *designer*, assim como para garantir a proteção de elementos de um produto que sejam constantemente produzidos em um determinado espaço de tempo, de modo a gerar, no inconsciente dos consumidores, a associação com uma determinada grife ou estilista.

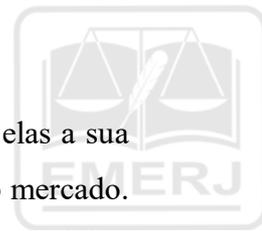
De acordo com o art. 122, LPI²⁴, são registráveis como marca todos os sinais distintivos visualmente perceptíveis, desde que não se enquadrem nas proibições legais, como as cores, sinais genéricos, nomes próprios e a forma comum ou vulgar do produto comercializado.

²¹ BRASIL. op. cit., nota 5.

²² Ibid.

²³ SOUZA, Deborah Portilho Marques de. *A propriedade intelectual na indústria da moda: formas de proteção e modalidades de infração*. 2015. 330 f. Dissertação (Mestrado profissional em Propriedade Intelectual e Inovação) – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2015.

²⁴ BRASIL. op. cit., nota 5.



Diversas são as garantias conferidas ao titular do direito de marca, dentre elas a sua proteção por tempo indeterminado, o que favorece a consolidação de sua imagem no mercado. Importante elemento do direito de marca também diz respeito à sua possibilidade de englobar o acervo da empresa como um todo, ou seja, não apenas os seus produtos como também o próprio estabelecimento comercial.

Outra vantagem estabelecida por este instituto é a facilidade de seu registro, que não depende de grandes burocracias, e a possibilidade de licenciamento do uso da marca, o que pode gerar benefícios econômicos ao seu titular.

No Direito da Moda, observa-se que as marcas se revestem de grande função simbólica, vindo inclusive a influenciar a decisão de compra do consumidor, por estarem atrelados a aspectos de caráter emocional e ao “*status*” que algumas marcas carregam, o que permite que seus produtos se tornem verdadeiros “objetos de desejo” no mercado.

Uma questão interessante é a que diz respeito ao chamado “*trade-dress*” ou identidade visual, que pode ser considerada como a imagem total do negócio, o que permite aos consumidores identificarem a origem de um produto ou estabelecimento, distinguindo-o dos demais. No entanto, a LPI²⁵ não prevê qualquer modalidade de proteção específica ao “*trade-dress*”, de modo que se esta característica distintiva não estiver registrada como marca, apenas poderá ser protegida por meio da repressão à concorrência desleal. Cumpre ressaltar que o instituto do “*trade-dress*” apenas protege os produtos com identidade essencialmente distintiva, não se prestando a proteger características de uso comum, incapazes de gerar confusão nos consumidores.

CONCLUSÃO

O mercado da moda é hoje um dos ramos mais lucrativos da indústria consumidora mundial. Com o desenvolvimento do capitalismo e das novas formas de consumo, o mercado busca produzir cada vez mais produtos em massa para atender à demanda dos consumidores. Com isso, surgem uma série de situações aptas a gerar conflitos na atividade comercial, tais como a pirataria e o desenvolvimento de cópias indevidas.

Para que o mercado e a economia possam se desenvolver de forma satisfatória e orgânica, é preciso, portanto, combater essas práticas que levam a um enfraquecimento da indústria e da concorrência.

²⁵ BRASIL. op. cit., nota 5.



O ordenamento jurídico assume papel essencial nesta função, ao prever instrumentos de proteção aos direitos garantidos por aqueles que produzem e criam produtos de moda atendendo aos requisitos legais da novidade.

Diante deste panorama, observa-se que o instituto da Propriedade Intelectual em muito se desenvolveu desde o advento da Constituição Federal de 1988, com um crescente aperfeiçoamento de seus mecanismos de proteção às criações e produções geradas pelo intelecto humano.

No âmbito do Direito da Moda, diversos são os instrumentos passíveis de serem utilizados para a proteção e garantia dos produtores e criadores de seus produtos, de modo que aquele que busca evitar a cópia e/ou a falsificação de um objeto possui uma série de mecanismos legais para resguardar o seu direito.

No entanto, é preciso reconhecer que tais recursos legalmente previstos ainda não são suficientes para coibir totalmente as práticas ilegais de falsificação no mercado da moda, uma vez que o emprego dos mecanismos protetivos da Propriedade Intelectual ainda esbarram em uma série de entraves no momento de sua aplicação prática.

Através de um olhar crítico sobre o cenário contemporâneo do Direito da Moda no país, verifica-se a necessidade de um maior aperfeiçoamento dos instutos de proteção destes direitos para que sirvam não apenas como meio de reparação das violações sofridas, mas também como instrumentos eficazes de prevenção das práticas ilegais.

Para isso, deve-se buscar otimizar os processos de concessão de registro de Propriedade Intelectual aos titulares destes direitos, de forma segura e rápida, através de um procedimento que busca aferir o cumprimento dos requisitos sem gerar maiores entraves burocráticos.

REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela. A tutela constitucional da propriedade intelectual na Carta de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 45, n. 179, p. 39-41, jul./set. 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.

_____. *Lei n° 9.279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19279.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. *Lei n° 9.610*, de 19 de fevereiro de 1999. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19279.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp nº 20.660/RS*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=16703236&num_registro=201100943262&data=20110812&formato=PDF>. Acesso em: 3 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 00721174-63.2004.8.19.0001*. Relator: Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000340DA0114AEFC3E45AF86563D121F18096DC40242100B&USER=>>>. Acesso em: 3 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0212964-86.2010.8.26.0100*. Relator: Des. Ricardo Negrão. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=6093362&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_e156cd9dc785484c80e53b0145584c94&vlCaptcha=WVc&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 25 ago. 18.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0187707-59.2010.8.26.0100*. Relator: Des. Costa Netto. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9706355&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_66c85f178d2947d7ba205a51be3c5c26&vlCaptcha=HPDk&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 03 set. 18.

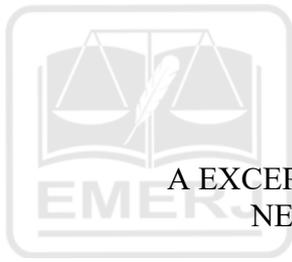
FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

LIMA, Jade Vinagre e. *Propriedade Intelectual e a Moda: Ascensão do Fashion Law*. Disponível em: <<http://irisbh.com.br/propriedade-intelectual-e-a-moda-a-ascensao-do-fashion-law/>>>. Acesso em: 25 ago. 18.

OLIVEIRA, Cíntia Bell. BRUCH, Kelly Lissandra. *Fashion Law e Propriedade Intelectual: uma análise dos métodos de proteção de ativos oriundos da indústria da moda*. *PIDCC*. Aracaju, ano VII, v. 12, n. 01, p. 001-029, fev. 2018.

PLÁCIDO, Lucila de Castro. *Fashion Law: a relevância jurídica da moda*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15833&revista_caderno=27>. Acesso em: 23 mai. 2018.

SOUZA, Deborah Portilho Marques de. *A propriedade intelectual na indústria da moda: formas de proteção e modalidades de infração*. 2015. 330 f. Dissertação (Mestrado profissional em Propriedade Intelectual e Inovação) – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2015.



A EXCEPCIONALIDADE DA VIDEOCONFERÊNCIA NO PROCESSO PENAL E A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO

Anderson Alves dos Santos

Graduado pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.

Resumo – O interrogatório do réu por videoconferência é admitido no ordenamento pátrio em hipóteses expressamente previstas. Apesar da discussão doutrinária acerca de sua constitucionalidade, entende-se majoritariamente que o mecanismo não representa ofensa à ampla defesa. Diante dos custos do transporte de presos, bem como sua precariedade e insegurança, é necessário discutir a ampliação do instituto. A essência do trabalho é abordar o panorama atual da videoconferência no âmbito do Processo Penal e traçar até qual limite deveria ser admitido seu uso.

Palavras-chave – Processo Penal. Videoconferência. Interrogatório do réu. Transporte de Presos

Sumário – Introdução. 1. Divergência acerca da constitucionalidade do interrogatório por videoconferência. 2. Panorama atual do cabimento do interrogatório por videoconferência do réu preso. 3. Necessidade de ampliação das hipóteses de cabimento da videoconferência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico aborda a possibilidade da extensão do interrogatório por videoconferência no âmbito do Processo Penal, de modo a garantir, especialmente, dignidade ao preso e efetividade ao processo, sem, contudo, restringir a ampla defesa. Procura-se enfrentar a realidade do transporte de presos, apresentando alternativas do cabimento do interrogatório ser realizado por videoconferência em hipóteses diversas das estritamente previstas em lei.

A Lei nº 11.900/09 alterou o Código de Processo Penal e autorizou a realização do interrogatório do réu pelo sistema da videoconferência em situações excepcionais, bem determinadas pela norma. Para tanto, a medida deve estar devidamente fundamentada e atinja uma das finalidades previstas no dispositivo legal.

A despeito das discussões acerca de sua constitucionalidade, especialmente no que tange a possível ofensa ao princípio da ampla defesa, os Tribunais vem admitindo a realização de interrogatório por videoconferência, desde que fundamentada nas hipóteses legais, eis que, como regra de exceção que é, deve ser interpretada restritivamente.

Por outro lado, faz-se necessária a discussão acerca da efetividade e benefícios da medida, para se analisar a possibilidade/necessidade de alargamento das hipóteses previstas.



O custo-benefício para o Estado e a precariedade do transporte de presos reflete em incongruência sanável pelo bom funcionamento do interrogatório online, cujo objetivo deve ser de garantir a ampla defesa do acusado, diminuindo os custos e aumentando a efetividade do Processo Penal, bem como representar em segurança e dignidade ao acusado.

O primeiro capítulo busca abordar a discussão acerca da constitucionalidade do uso do mecanismo da videoconferência no interrogatório do réu no âmbito do Processo Penal.

O segundo capítulo, por sua vez, traz a análise das hipóteses de cabimento do sistema tecnológico, trazendo crítica doutrinária e entendimento jurisprudencial relativo à questão.

Por fim, o terceiro capítulo busca defender a conveniência de um sistema normativo que amplie o cabimento da videoconferência no Processo Penal, justificando sua necessidade prática.

A presente pesquisa é norteada pelo o método hipotético-dedutivo, de modo que o pesquisador tem a finalidade de, a partir de proposições hipotéticas, analisa-las diante do contexto fático para argumentar sua comprovação ou rejeição.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, pretendendo-se utilizar de bibliografia pertinente à temática em foco, pautada na legislação, em doutrina e jurisprudência.

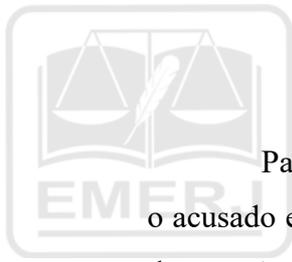
1. DIVERGÊNCIA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA

O princípio da ampla defesa engloba o direito à defesa técnica e a autodefesa. A defesa técnica é realizada por profissional com capacidade postulatória, que pode ser o advogado ou o Defensor Público. Já a autodefesa é exercida pelo próprio acusado.

A doutrina¹ indica que a autodefesa abrange os direitos de audiência e de presença. O direito de audiência seria aquele no qual o acusado tem de apresentar, pessoalmente, a sua defesa ao juiz da causa através do interrogatório. Já o direito de presença assegura o acompanhamento dos atos de instrução, de modo a garantir o direito fundamental de presenciar e participar da instrução processual.

É no direito de presença que se manifesta a principal divergência acerca do cabimento da audiência por videoconferência.

¹LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 54.



Parte da doutrina rejeita o mecanismo tecnológico por produzir um afastamento entre o acusado e o Juiz da causa, reduzindo suas chances de influenciar a decisão final. Conforme destaca Aury Lopes Junior², o procedimento da videoconferência conduz a um processo frio, desumano e indesejável para se alcançar uma justiça criminal conforme a Constituição determina. Nas suas palavras:

O contato pessoal do preso com o juiz é um ato da maior importância para ambos, especialmente para quem está sofrendo a mais grave das manifestações de poder do Estado. Sob o pretexto dos altos custos e riscos (como se não vivêssemos numa sociedade de risco) gerados pelo deslocamento de presos “perigosos”, o que estão fazendo é retirar a garantia da jurisdição, a garantia de ter um juiz, contribuindo ainda mais para que eles assumam uma postura burocrática e de assepsia da jurisdição. É elementar que a distância da virtualidade contribui para uma absurda desumanização do processo penal. É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao outro aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. É muito mais fácil produzir sofrimento sem qualquer culpa quando estamos numa dimensão virtual.

Ainda, para os defensores da inconstitucionalidade, o interrogatório, como meio de defesa que é, não poderia ser restringido, pois estar-se-ia, em consequência, limitando o alcance da ampla defesa, direito fundamental estabelecido na Constituição, o que se traduziria em inaceitável retrocesso. A ampla defesa, especialmente no seu aspecto da autodefesa, conforme já visto, exigiria a presença do acusado em todas as fases do processo, tendo contato direto com as demais provas, bem como com o Magistrado que o julgará.

A referida corrente também sustenta que, na audiência virtual, até mesmo a defesa técnica pode ficar comprometida³. Em primeiro lugar, pela impossibilidade de o defensor acompanhar simultaneamente os ritos processuais no fórum e o cliente no presídio. Ademais, pela dificuldade em se ter acesso aos autos, que ficam na presença do juiz quando o processo não é eletrônico. A crítica fica por conta de que haveria privilégio ao réu cujo a situação financeira possibilite a contratação de mais de um advogado.

Por outro lado, defende-se a constitucionalidade do dispositivo sob argumentos de que o instrumento tecnológico, por si só, não retira os direitos garantidos na Constituição. Sustenta-se, ainda, que o mecanismo homenageia a celeridade, a redução de custos e a segurança⁴.

²LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

³LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 470.

⁴PIMENTEL apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Interrogatório por sistema de videoconferência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/88914.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2018.



Neste sentido, Luiz Flávio Gomes⁵ demonstra algumas das vantagens que a Videoconferência traz:

Evita-se o envio de ofícios, de requisições, de precatórias, é dizer, economiza-se tempo, papel, serviço etc. Pode-se ouvir uma pessoa em qualquer ponto do país, sem necessidade do seu deslocamento. Eliminam-se riscos, seja para o preso (que pode ser atacado quando está sendo transportado), seja para a sociedade. Previne acidentes. Evita fugas. O transporte do preso envolve gastos com combustível, uso de muitos veículos, escolta, muitas vezes gasto de dinheiro para o transporte aéreo, terrestre etc. O sistema do interrogatório a distância evitaria todos esses gastos. Representaria uma economia incalculável para o erário público e mais policiais nas ruas, mais policiamento ostensivo, mais segurança pública.

Realizando-se o interrogatório prontamente por computadores, praticamente o preso não interrompe sua rotina no presídio, isto é, não precisa se ausentar das aulas, quando está estudando, não precisa se privar da assistência religiosa, não precisa cessar seu trabalho. Isso significa vantagens para a sua ressocialização, principalmente porque o trabalho permite a remição.

A última corrente, defensora da constitucionalidade do interrogatório por videoconferência, se mostra mais adequada.

Inicialmente, não há o que se falar em direitos absolutos. O direito a ampla defesa, ainda que se considere que a alteração legislativa tenha trazido alguma restrição ao seu pleno exercício, merece ser ponderado com outros princípios.

Nesse sentido, a Lei nº 11.900/09⁶ tem como principais razões a segurança pública, a celeridade, a redução dos gastos públicos, entre outros. Tais objetivos perpetrados fundamentam a necessidade do uso da videoconferência no interrogatório do réu preso, de modo a prevalecerem contra a pequena mitigação do direito de presença, no âmbito da ampla defesa, cujo prejuízo não existe fatidicamente, conforme se pretende demonstrar.

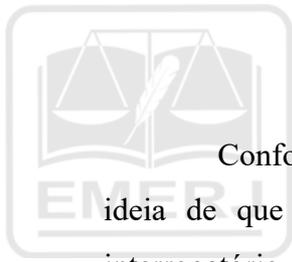
Exemplo disso é que a doutrina e a jurisprudência sempre admitiram o interrogatório por carta precatória ou carta de ordem. Nesse sentido, temos o voto da Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC nº. 90900⁷:

Além de não haver diminuição da possibilidade de se verificarem as características relativas à personalidade, condição socioeconômica, estado psíquico do acusado, entre outros, por meio de videoconferência, é certo que há muito a jurisprudência admite o interrogatório por carta precatória, rogatória ou de ordem, o que reflete a ideia da ausência de obrigatoriedade do contato físico direto entre o juiz da causa e o acusado, para a realização do seu interrogatório.

⁵GOMES, Luiz Flávio. *O interrogatório a distância*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/3301-3295-1-PB.htm>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

⁶BRASIL. *Lei nº 11.900*, de 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11900.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 90900*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604581>>. Acesso em: 03 set. 2018.



Conforme se observa, a posição adotada pelo STF no exemplo supracitado reflete a ideia de que não há obrigatoriedade do contato físico entre o juiz e o acusado no interrogatório. Tal entendimento pode ser perfeitamente aplicado de modo favorável ao recurso tecnológico da videoconferência no âmbito do Processo Penal.

Antes da regulamentação pela Lei nº 11.900/09, porém, o STF entendeu, em duas oportunidades, pela nulidade da audiência por videoconferência. Na primeira, justificou-se que a ausência de previsão legal sobre o mecanismo constituía lesão ao direito do acusado de estar presente à audiência.⁸ Posteriormente, entendeu pela inconstitucionalidade formal de norma estadual que dispunha sobre o uso da tecnologia no interrogatório do réu, no já citado HC 90900, pois, segundo o voto vencedor, haveria necessidade de legislação federal sobre o tema, eis que se trata de processo e não mero procedimento, cujo a Constituição determina competência privativa da União para legislar.

O Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, manifestou-se no sentido do não cabimento antes da legislação federal sobre o tema. Na oportunidade, entendeu o Tribunal superior que haveria violação ao princípio fundamental do devido processo legal, pois se restringiria a amplitude da defesa do acusado ao mitigar seu direito de estar presente em audiência, o que era garantido pelo Código de Processo Penal até então.⁹

Após o advento da Lei nº 11900/09, cessou-se as razões que outrora determinaram o não cabimento da videoconferência no âmbito do Processo Penal. Nesse sentido, a jurisprudência vem entendendo pelo cabimento do mecanismo nas hipóteses legalmente previstas, desde que devidamente fundamentado pelo Juízo.

2. PANORAMA ATUAL DO CABIMENTO DO INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA DO RÉU PRESO.

O interrogatório do réu pelo sistema de videoconferência no âmbito do Processo Penal foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro através da lei 11.900/09¹⁰, que alterou o Código de Processo Penal¹¹, introduzindo o artigo 185, §2º com a seguinte redação:

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 88914*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489888>>. Acesso em: 13 set. 2018.

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 94.069*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3969159&num_registro=200702629851&data=20081006&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23 mai. 2018.

¹⁰BRASIL. *Lei nº 11.900*, de 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11900.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

¹¹BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.



Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades.

De antemão, a possibilidade da inquirição do acusado pela videoconferência foi posta pela lei como excepcional, de forma a abranger as hipóteses estritamente previstas nos incisos do citado dispositivo.

Assim é que, atualmente, o mecanismo tecnológico é admitido pela legislação nos casos de prevenção de risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; bem como quando for para viabilizar a participação do réu no ato processual, quando houver relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; ou ainda para impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência; e por fim quando o responder à gravíssima questão de ordem pública.

Com o advento da norma, a doutrina apresentou relevantes divergências acerca de sua constitucionalidade, conforme teses já abordadas no capítulo anterior.

A despeito das discussões acerca da inconstitucionalidade, os Tribunais superiores¹² adotam o entendimento de que a norma não apresenta vício e sua interpretação deve ser restritiva, de modo que a videoconferência seja usada de forma excepcional, englobando apenas as situações previstas pela lei, quando da fundamentação do magistrado.

Por outro lado, apesar da lei tratar como excepcional a possibilidade de se utilizar no mecanismo videoconferência no interrogatório do réu, questiona-se a abrangência dos requisitos que a lei trouxe.

A doutrina critica a redação da norma com uso de conceitos abertos, especialmente no que se refere ao termo “gravíssima questão de ordem pública”, presente no atual artigo 185, §2º, IV, do Código de Processo Penal. Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Paulo Rangel¹³:

Aqui está um cheque em branco dado ao juiz pelo legislador, criando um precedente perigoso, pois em se tratando de direitos e garantias fundamentais não pode haver

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 279530*. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78992935&num_registro=201303443721&data=20171219&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 24 mai. 2018.

¹³RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 736.



relativização. O que é gravíssima questão de ordem pública? É o juiz quem vai dizer. Quer coisa pior? Cada juiz vai entender de um jeito. Quanto mais o legislador evitar o uso da discricionariedade no âmbito criminal, mais respeito aos direitos e garantias individuais haverá. O poder do juiz criminal tem que estar dentro dos limites da Constituição da República e isso em nada tem a ver com impunidade

Ainda, a doutrina questiona o que seria “risco à segurança pública” do inciso I do artigo 185 do Código de Processo Penal, tendo em vista o caráter subjetivo que esta definição pode ter, especialmente em grandes cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, na qual a atividade, por si só, pode representar risco à segurança pública¹⁴.

Por fim, pairam dúvidas acerca de como se estabelecer que o preso é suscetível de fuga durante o transporte.

Apesar das críticas doutrinárias, os tribunais vêm buscando elucidar as hipóteses de cabimento, trazendo balizas para que o Magistrado possa determinar o uso do mecanismo da videoconferência no caso concreto.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro possui o ato normativo conjuntivo nº 5/2014¹⁵. Em seu primeiro artigo, o citado ato normativo dispõe que os juízes poderão, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, em caráter excepcional, com prioridade para presos de altíssima, bem como de alta periculosidade, assim classificados pelos Órgãos de Segurança e pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária - SEAP, realizar audiências criminais através do sistema integrado de videoconferência, desde que, em sua avaliação, mostre-se conveniente e indicado para a celeridade e eficácia do ato, ou por razões de segurança.

Pela redação acima referida, percebe-se, inicialmente, a fundamental atuação da Secretaria de Administração Penitenciária ao classificar os presos de acordo com a periculosidade. Classificação esta que será utilizada para efeito de se atribuir prioridade para presos classificados como de altíssima e alta periculosidade, conforme visto.

O referido dispositivo demonstra, de plano, que o principal fundamento para o uso do sistema tecnológico está na segurança. No mesmo sentido, a título de exemplo, o TJRJ possui a Resolução nº 45/2013¹⁶, que foi criada com o objetivo de reduzir a circulação de presos no Estado do Rio de Janeiro ao determinar que a presença de réu preso somente se seria necessária quando da audiência. O contexto histórico dessa resolução demonstra uma reação

¹⁴Ibid., p. 733.

¹⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ato normativo conjuntivo nº 5/2014*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=178775&integra=1>. Acesso em: 03 set. 2018.

¹⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Resolução nº 45/2013*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=174387&integra=1>. Acesso em: 03 set. 2018.



após tentativa de regaste de presos que prestavam depoimentos no Fórum de Bangu, o que culminou na morte de duas pessoas.

Ademais, a delimitação das hipóteses de cabimento da videoconferência, conferidas pela lei, são atribuídas casuisticamente, entendendo a jurisprudência que devem estar fundamentadas.

Com isso, no panorama atual, é possível se afirmar que a hipótese de audiência por videoconferência do réu preso é constitucional, mas sua aplicação é excepcional, se restringindo às hipóteses previstas no artigo 185, §2º, do Código de Processo Penal¹⁷.

Fundamentada especialmente em aspectos de segurança pública, o interrogatório do preso por videoconferência se torna extremamente útil. Ademais, conforme se observa das justificativas da Lei nº 11.900/09, sua utilização homenageia o princípio da celeridade do processo, bem como representa melhor custo-benefício com a redução dos gastos com o transporte de presos.

Por outro lado, o mecanismo não representa nenhum prejuízo para o acusado, que tem sua ampla defesa garantida. A evolução do mecanismo tecnológico faz com que o réu se faça verdadeiramente presente processo.

Assim, superada essa discussão, ingressa-se na questão de ampliação das hipóteses de cabimento da medida.

3. NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA VIDEOCONFERÊNCIA.

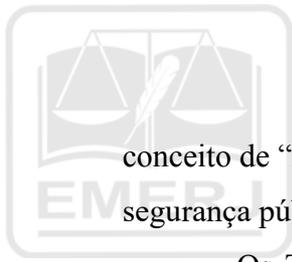
Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, o atual cenário da videoconferência no âmbito do Processo Penal no Brasil revela hipóteses de cabimento estritamente determinadas pela Lei nº 11.900/09¹⁸, não se admitindo ampliação do rol estabelecido.

Por outro lado, também ficou verificado que a questão ainda encontra uma polêmica prática. A lei abordou conceitos abertos como “gravíssima questão de ordem pública”, tratada no inciso IV do artigo 185 do Código de Processo Penal¹⁹. Ainda, não trouxe a lei parâmetros para se estabelecer o que se entende pela suscetibilidade de determinado preso empreender fuga. Finalmente, conforme dito no capítulo anterior, fica demonstrado a subjetividade do

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 11.



conceito de “risco à segurança pública”, especialmente por ser a atividade, por si só, de risco à segurança pública, principalmente no caso de grandes cidades.

Os Tribunais de Justiça, por ato normativo, buscaram estabelecer parâmetros mais claros. É o exemplo do Ato normativo conjuntivo nº 5/2014 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁰ que diz cabível o mecanismo da videoconferência nos casos de presos de alta ou altíssima periculosidade, o que deve ser definido pelos órgãos de segurança e pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária.

Entretanto, a questão sobre o cabimento não encontra balizas efetivamente objetivas. Na prática, tem se admitido largamente, desde que fundamentado pelo juiz, o cabimento do interrogatório por videoconferência, enquadrando-as nas já faladas hipóteses abertas da lei.

Com isso, desde que a lei foi instituída, a ampliação da videoconferência não representou prejuízo para a defesa. O devido processo legal é respeitado e a ampla defesa, em toda sua extensão, é protegida.

O avanço tecnológico em todas as esferas da sociedade não pode ser desconsiderado pelo Direito. Hoje, o mecanismo da videoconferência aproxima os envolvidos de tal forma que é possível observar todos os aspectos humanos que se observaria na audiência presencial, podendo o acusado se valer amplamente da sua autodefesa.

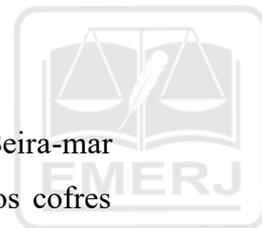
Ademais, a videoconferência representa proteção a todos envolvidos, inclusive ao próprio preso.

Fazendo um recorte para o Estado do Rio de Janeiro, o livro *Deserdados Sociais: condições de vida e saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro* traduz que o transporte representa um verdadeiro “inferno”, sendo um dos principais motivos de queixas dos presos no sistema penitenciário, gerando enorme sofrimento. O transporte ocorre em condições precárias, sem segurança ou o mínimo de respeito à dignidade humana. Entre os problemas listados na obra, está a dificuldade operacional, que fazem com que os detentos fiquem até o dia inteiro nos veículos, com fome, sede e calor, algemados e em condições degradantes.²¹

O gasto público que se tem com o transporte de presos é enorme e sequer consegue entregar a qualidade mínima humanitário para se fazer o transporte.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 15.

²¹MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Deserdados Sociais: condições de vida e saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015, p. 151-152.



No ano de 2001, exemplo, as inúmeras viagens do traficante Fernandinho Beira-mar para participar de audiências e interrogatórios custaram cerca de R\$ 200.000,00 aos cofres públicos²².

No Rio Grande do Sul, o custo médio para o transporte de presos era, em 2016, de R\$ 540,00, chegando ao gasto anual de R\$ 30 milhões²³. E, ainda assim, audiências eram transferidas por falta de transporte. Esse cenário se repete nos dias de hoje por todo o país.

O sucateamento da frota e o atraso na entrega de presos são problemas que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem enfrentando e tentando trazer soluções, sem ainda ter encontrado uma definitiva. É nesse sentido a fala do Presidente do Tribunal, Desembargador Milton Fernandes, em fevereiro de 2018²⁴:

O Rio teve um sério problema financeiro e uma forte crise moral e ética. Com isso, surgiu um problema institucional do Estado relacionado aos serviços públicos. Temos um grande problema de sucateamento da frota do Estado. Isso é um fato e temos que apresentar uma solução, ainda que temporária. O Tribunal já ajudou com o conserto de alguns carros, mas é insuficiente. O objetivo é mexer um pouco com a pauta de vocês porque trata-se de otimizar as rotas de entrega de preso.

Sob outra ótica, o transporte representa risco também ao agente penitenciário, que fica sujeito aos riscos do deslocamento com a precariedade dos veículos, bem como sujeitos a operações criminosas de resgate.

Exemplos, no Rio de Janeiro, não faltam. Em 2013, um agente penitenciário morreu durante uma tentativa de resgate de presos que eram transportados ao Fórum de Araruama²⁵.

Outra tentativa de resgate que ganhou as páginas do noticiário ocorreu também em 2013, no Fórum de Bangu, que resultou na morte de um Policial Militar e uma criança²⁶.

Neste sentido, a videoconferência se mostra um mecanismo mais barato e seguro para agentes, presos, para todos os envolvidos no processo e, finalmente, para a sociedade em geral.

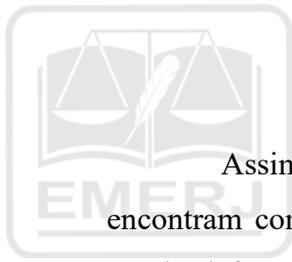
²²Ibid., p. 153.

²³GLOBO. *Audiências de presos são transferidas por falta de transporte no RS*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/06/audiencias-de-presos-sao-transferidas-por-falta-de-transporte-no-rs.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁴AMAERJ. *Tribunal propõe plano de rotas para condução de presos ao interior*. Disponível em: <<http://amaerj.org.br/noticias/tribunal-propoe-sistema-especifico-de-transporte-de-presos-para-o-interior/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

²⁵OLIVEIRA, Pâmela. *Sem estrutura, transporte de presos coloca Rio em perigo*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/sem-estrutura-transporte-de-presos-coloca-rio-em-perigo/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁶MELLO, Kathia; BARREIRA, Gabriel. *Criança e PM morrem em tiroteio dentro do fórum de Bangu, no Rio*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/10/bangu-na-zona-oeste-do-rio-tem-tiroteio-em-frente-ao-forum.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.



Assim, observando que as hipóteses de cabimento do interrogatório do réu já se encontram com aspectos ampliados na prática, não representa prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, bem como os riscos que ainda se mantêm nos casos nos quais ainda não se admite a utilização do mecanismo tecnológico, a necessidade da ampliação irrestrita do sistema da videoconferência nos casos de réus presos se faz presente.

Neste sentido, o Projeto de Lei nº 2685/15, que tramita em apensado com o projeto de lei do novo código de processo penal, busca implementar a audiência por videoconferência para réus presos.

Dessa forma, dado o avanço tecnológico atual que representa ausência de qualquer prejuízo para a defesa, bem como as vantagens com relação à redução dos gastos públicos e à segurança pública, o projeto surge em momento oportuno, não havendo qualquer vício material de inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como finalidade discorrer sobre a possibilidade da extensão das hipóteses de cabimento do interrogatório do réu por videoconferência. Incluída no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 11.900/09, que alterou o Código de Processo Penal, o mecanismo é cabível em situações expressamente previstas.

A primeira divergência abrange a constitucionalidade do interrogatório do réu por videoconferência, sobretudo, no que tange o direito fundamental da ampla defesa.

De um lado, sustenta-se a inconstitucionalidade, especialmente, por ofensa ao aspecto da autodefesa, visto que se restringiria o direito do acusado estar presente em todas as fases do processo, tendo contato direto com o processo, todas as provas e com o órgão julgador, de modo a ampliar suas chances de influenciá-lo a um provimento positivo. De outro lado, vertente que entende pela constitucionalidade sob argumento da que não há efetivo prejuízo para a defesa, eis que todas as prerrogativas garantidas serão respeitadas com a videoconferência, além do mecanismo garantir celeridade processual, bem como proporcionar o aumento na segurança dos envolvidos no processo e a redução dos custos que oneram os cofres públicos.

Nesse sentido, constatou-se que a segunda corrente prevaleceu no entendimento jurisprudencial dos Tribunais pátrios, sendo, portanto, a videoconferência dotada de constitucionalidade.



A prática não verificou, com o uso da videoconferência nas hipóteses admitidas, verdadeiros prejuízos para a defesa, capazes de gerar nulidade. O avanço tecnológico e o consequente aprimoramento do mecanismo fazem com que seja maximizada a homenagem à ampla defesa em todos os seus aspectos, dirimindo argumentos contrários à sua utilização no âmbito do Processo Penal.

Posteriormente, esta pesquisa pretendeu discorrer sobre as hipóteses de cabimento admitidas para o interrogatório do réu. Apesar de estabelecidas pela lei, a redação traz conceitos abertos que dificultam sua delimitação. Neste sentido, resoluções de tribunais visam trazer parâmetros mais objetivos para se admitir o mecanismo. A jurisprudência, por sua vez, aceita de forma ampla, desde que a necessidade esteja bem fundamentada pelo Magistrado.

Apesar dessa já aceitação ampla, ficou verificado que os problemas do transporte de presos para as audiências ainda não estão solucionados. Gasta-se muito, mas o serviço encontra precariedade. Ademais, não faltam exemplos que demonstram todo o risco que demanda a prática. Por fim, toda a deficiência apontada atinge, sobretudo, o preso no aspecto de sua dignidade.

Assim, a conclusão necessária é de que o mecanismo da videoconferência, por não representar ofensa ao princípio da ampla defesa, tendo toda sua extensão garantida pelo mecanismo tecnológico, merece a discussão acerca da necessidade de sua ampliação para abranger demais hipóteses de interrogatório com réu preso.

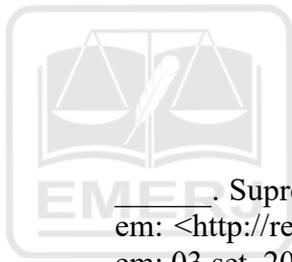
Neste sentido há projeto de lei tramitando no Congresso Nacional, o que representa um acerto legislativo em matéria de Processo Penal, de modo a instituir de forma ampla mecanismo extremamente útil que, além de tudo, protege os cofres públicos de gastos que não devem se manter.

REFERÊNCIAS

AMAERJ. *Tribunal propõe plano de rotas para condução de presos ao interior*. Disponível em: <<http://amaerj.org.br/noticias/tribunal-propoe-sistema-especifico-de-transporte-de-presos-para-o-interior/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.900*, de 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111900.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.



_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 90900*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604581>>. Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 88914*. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/88914.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 94.069*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3969159&num_registro=200702629851&data=20081006&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 279530*. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78992935&num_registro=201303443721&data=20171219&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 24 mai. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ato normativo conjuntivo n° 5/2014*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=178775&integra=1>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Resolução n° 45/2013*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=174387&integra=1>. Acesso em: 03 set. 2018.

GLOBO. *Audiências de presos são transferidas por falta de transporte no RS*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/06/audiencias-de-presos-sao-transferidas-por-falta-de-transporte-no-rs.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. *O interrogatório a distância*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/3301-3295-1-PB.htm>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

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

MELLO, Kathia; BARREIRA, Gabriel. *Criança e PM morrem em tiroteio dentro do fórum de Bangú, no Rio*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/10/bangu-na-zona-oeste-do-rio-tem-tiroteio-em-frente-ao-forum.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Deserdados Sociais: condições de vida e saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.



OLIVEIRA, Pâmela. *Sem estrutura, transporte de presos coloca Rio em perigo*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/sem-estrutura-transporte-de-presos-coloca-rio-em-perigo/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.



A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

Anna Esteves Rocha Pereira Reis

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Advogada.

Resumo - a Constituição Federal de 1988 trouxe para o ordenamento brasileiro um viés mais humanizado do direito penal em comparação, por exemplo, ao Código Penal da década de 1940. Nesse contexto também, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, sucessor do antigo Código de Menores e elenca medidas socioeducativas aplicáveis aos jovens em conflito com a lei. Após 28 anos da entrada em vigor do ECA, diante da violência endêmica que se instaurou no Brasil, perpetrada recorrentemente por jovens menores de idade, verifica-se que as medidas socioeducativas nem sempre são suficientes. Neste sentido, surge a justiça restaurativa como uma forma alternativa de resolução de conflitos. O objetivo do trabalho é tratar sobre a aplicação da justiça restaurativa a adolescentes em conflito com a lei e a efetividade na redução dos atos infracionais análogos a crimes que pode ocorrer dessa relação.

Palavras-chave – Direito da Criança e do adolescente. Menores em conflito com lei. Estatuto da Criança e do Adolescente. Resolução de conflitos. Justiça Restaurativa. Efetividade.

Sumário – Introdução. 1. Aplicação das medidas socioeducativas às crianças e adolescentes em conflito com a lei e a ressocialização desses. 2. Aplicabilidade da justiça restaurativa aos jovens infratores. 3. Efetividade e resultados práticos da justiça restaurativa a adolescentes em conflito com a lei. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa às crianças e adolescentes em conflito com a lei. Tendo por objetivo abordar uma nova forma de resolução de conflitos que pode ser aplicada isolada ou paralelamente às medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e que tem se mostrado efetiva na prática em países que já implementaram sua utilização.

A quantidade de jovens em conflito com a lei, cometedores de atos infracionais é, de fato, expressiva em nosso país, sendo notícia recorrente nos meios de comunicação o cometimento de atos infracionais análogos a crimes, em especial nos grandes centros urbanos e em especial quando se tratam de crimes patrimoniais.

É inequívoco que se trata de um problema social, seja pela ligação com a falta de segurança pública que vivemos ou pelos danos causados às vítimas. Além dos prejuízos



causados aos jovens em conflito, tendo em vista que acabam por não ter seu pleno desenvolvimento cumprido e respeitado.

Dito isso, no primeiro capítulo é desenvolvida a aplicação das medidas socioeducativas constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente a esses jovens. É trabalhado também sobre a insuficiência das medidas socioeducativas no combate a violência e no papel de ressocializar aqueles.

Prosseguindo, no capítulo seguinte aborda-se de como a justiça restaurativa seria aplicável às crianças e adolescentes autores de atos infracionais; sua possível utilização agindo em consonância ao ECA, quais possíveis medidas a serem tomadas, quais as mais recomendadas e sua plausibilidade no contexto brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo trata sobre a efetividade da justiça restaurativa no contexto de jovens em conflito com a lei, mas sobre três vieses: ressarcimento da vítima ao estado anterior à lesão, diminuição da reincidência no cometimento de atos infracionais e combate à violência, em especial nos atos infracionais análogos a crimes patrimoniais.

O presente artigo tem abordagem qualitativa, tendo por objetivo ser descritivo e explicativo. No entanto, inicialmente ao menos, é também exploratório por conta da bibliografia utilizada. Quanto aos procedimentos adotados, tem-se que são documentais, históricos e bibliográficos.

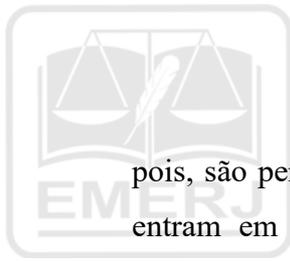
1. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI E A RESSOCIALIZAÇÃO DESSES

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 227, trata especificamente do cuidado exigido da sociedade para com as crianças e adolescentes, dispondo que¹:

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido, foi instituído o Estatuto da Criança e Adolescente, visando a proteção integral desses. Justamente por tratar da proteção integral da criança e adolescente, quando esses jovens entram em conflito com a lei, não cometem crimes na acepção técnica do termo;

1 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.



pois, são penalmente inimputáveis não se aplicando o Código Penal a eles. Por isso, quando entram em conflito com a lei, praticam atos análogos a crimes, entendidos como atos infracionais, conforme o disposto nos artigos 103 e 104 do ECA.

As medidas socioeducativas estão previstas a partir do artigo 112 do ECA e não se aplicam às crianças, por força do art. 105 do ECA. Conforme art. 112 do ECA, as medidas aplicáveis aos adolescentes são: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional, além das medidas do art. 101, incisos I a VI do ECA, dentre outras.

Nesse rol acima apresentado, têm-se como medidas mais gravosas, do ponto de vista de interferência no direito fundamental constitucional à liberdade amparado pelo art. 5º da Constituição Federal (também tutelado pelo ECA): a liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional. São medidas que devem ser aplicadas com cautela e aos atos infracionais mais graves.

Dito isso, o Brasil vive uma realidade de um grau elevado de violência, em especial nos grandes centros urbanos. Figurando em rankings internacionais, inclusive. Como em listagem divulgada pela organização de sociedade civil mexicana Segurança, Justiça e Paz nesse ano², de países com cidades mais violentas do mundo em que as cidades brasileiras foram citadas 17 vezes.

Dentro desse contexto de violência, não eventualmente, se inserem adolescentes que cometem atos infracionais análogos a crimes. É cada vez mais comum presenciar no dia a dia brasileiro e ver nos meios de comunicação jornalísticos, jovens que se inserem nessa conjuntura.

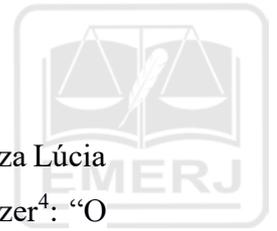
Em decorrência disso (mas não isoladamente, pois há também a questão da influência das políticas públicas que será tratada adiante), também é um fato que as unidades para menores infratores em vários estados, mas em especial no Rio de Janeiro, se encontram superlotadas³.

Diante dos dados citados acima, se levantam questionamentos sobre como mudar essa realidade? Dentro desse contexto de violência epidêmica, as medidas socioeducativas são eficazes por si só?

Mudar o contexto de violência perpetrada por jovens em conflito com a lei por meio das medidas socioeducativas apenas, é irrisório. As medidas não têm se mostrado efetivas, em

² MÉXICO. *Consejo Ciudadano Para la Seguridad Pública y la Justicia Penal A.C.* Disponível em: <<http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/biblioteca/prensa/send/6-prensa/242-las-50-ciudades-mas-violentas-del-mundo-2017-metodologia>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

³ AMAERJ. *Lucia Gliöche proíbe novas internações em educandário por superlotação.* Disponível em: <<http://amaerj.org.br/noticias/juiza-lucia-gliöche-proíbe-novas-internacoes-em-educandario-por-superlotacao/>>. Acesso em: 18 abr. 2018.



grande parte porque não há ambiente para a socioeducação, nesse sentido é a fala da Juíza Lúcia Glioche em matéria sobre a superlotação de unidade de internação em Bangu, ao dizer⁴: “O Educandário é ruim porque ele não tem estrutura de socioeducação, está superlotado. O que o local oferece de tratamento para o jovem em conflito com a lei, só piora a situação. Ele sai de lá pior do que ele ingressou.”

Dessa forma, resta claro que não há ressocialização desses jovens. O espírito do Estatuto da Criança e Adolescente, bem como da própria Constituição Federal, como já dito acima, é proporcionar um desenvolvimento saudável e pleno às crianças e adolescentes, é protegê-las para que possam se desenvolver.

No entanto, em ambientes similares às instituições prisionais brasileiras, que infelizmente sofrem dos mesmos problemas de superlotação, que levaram ao estado de coisas inconstitucional reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive; não há espaço para se falar em ressocialização de jovens em conflito com a lei.

Nesse sentido, cabe mencionar trecho da ementa da ADPF nº 347 (julgou o estado de coisas inconstitucional), que apesar de tratar do sistema penitenciário, é elucidativa para se entender porque não há um espaço para o correto desenvolvimento das medidas socioeducativas, em especial as três acima citadas que possuem relação direta com o direito à liberdade:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

Pode-se dizer que na relação unidades de internação para adolescentes em conflito com a lei e superlotação, as falhas estruturais do Estado e a falência de políticas públicas são fatores determinantes. Além de, por óbvio, haver uma recorrente “violação massiva” dos direitos fundamentais desses jovens.

A falta de êxito das medidas socioeducativas não pode ser imposta somente ao judiciário. A falha estrutural, como se nota nesse caso, também é do Estado como um todo e o mesmo se aplica para a falta de políticas públicas em consonância com o ECA e, em especial, com as medidas socioeducativas.

Consequentemente, se não há um espaço para o pleno desenvolvimento de crianças e

⁴Ibid.



adolescentes, especialmente os adolescentes na situação de violência em questão, não há que se falar em um ambiente em que essa violência possa ser combatida. Já que é presente dentro do próprio sistema, é instigada pelo próprio Estado quando esse não fornece os meios necessários para o pleno desenvolvimento dos jovens em situação de conflito, pelo contrário, os submete a uma condição de precariedade que fomenta mais violência.

Dentro dessa conjuntura, surge a justiça restaurativa. Não como uma “salvadora da pátria”, idealizada, “carregada de mitos”⁵, que resolverá a falta de efetividade das medidas socioeducativas em ressocializar os jovens e fora do sistema. Até porque a justiça restaurativa também precisa de políticas públicas para ser internalizada, mas sim como uma possibilidade prática e viável a ser utilizada.

2. APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS MENORES INFRATORES

Inicialmente, cabe fazer um breve apanhado histórico sobre a justiça restaurativa, como surgiu e o que é. Dito isso, a justiça restaurativa foi pensada em meados da década de 70, apesar de a inspiração ter vindo do sistema anterior de direito penal. Pois, até o século XIII, o crime era um problema entre particulares que resolviam entre si os cometimentos de delitos, ou entre si com a participação da sociedade ali presente, como nas aldeias, pequenos burgos etc.

No final do séc. XIII, aconteceu o confisco do conflito vítima x autor do delito, pelo Estado, ou seja, o Estado tomou o problema a si. Era o procurador do rei ou bispo que fazia uma espécie de inquérito, substituía-se à vítima e o ofensor passava a ser o objeto da atuação do Estado. Nessa época, o dano deixa de ser importante e o que passa a ser valorado é a infração.

A justiça restaurativa tenta resgatar essa ideia original de restaurar o dano, a ideia de restauração de conflito envolvendo as partes e até a sociedade ao redor, essa entendida como a família, vizinhança, meio social etc. Quando se fala em processo restaurativo, fala-se no âmbito penal, está dentro do âmbito penal, conforme inciso I, item 2, da Resolução nº 2002/2012 da ONU⁶. Quando se fala em práticas restaurativas, essas podem ser aplicadas a várias áreas do direito.

No plano internacional, a justiça restaurativa tem suas diretrizes definidas pela

⁵BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estudo identifica Justiça Restaurativa emergente e carregada de mitos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85599-pesquisa-cientifica-justica-restaurativa-emergente-e-carregada-de-mitos>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁶ ONU. *Resolução nº 2002/2012*. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.



Resolução nº 2002/12 da ONU elaborada na 37ª sessão plenária em 24/07/2002⁷. No entanto, a referida resolução, trata da justiça restaurativa de forma abrangente e voltada para o direito penal.

Em âmbito interno, com viés de aplicação à infância e juventude, a matéria é regulada pela Resolução nº 225/2016 CNJ e pelo art.35, II e III Lei nº 12.594/2012 (SINASE); em especial quando a Resolução nº 225/2016 diz que⁸:

Considerando que o art. 35, II e III, da Lei 12.594/2012 estabelece, para o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei, que os princípios da excepcionalidade, da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo meios de autocomposição de conflitos, devem ser usados dando prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e que, sempre que possível, atendam às vítimas.

Dito isso, a definição de justiça restaurativa, quando trata de processo restaurativo significa participar ativamente das questões referentes ao crime por parte da vítima, ofensor e sociedade, se utilizando de um facilitador e métodos de conciliação, mediação etc. O *leading case* foi em 1974 no Canadá em Ottawa, em um caso de vandalismo por dois jovens a 22 casas; na sentença o juiz permitiu que houvesse uma tentativa de conciliação e o oficial da condicional levou os condenados a maioria das casas, reuniu os ofendidos e foram feitos acordos de ressarcimento do dano.

Posteriormente, isso se espalhou para os demais países e foram criadas as VORP (*victim-offender reconciliation program*),⁹ que em uma tradução livre, seria um programa de reconciliação entre vítima e ofensor. Foi um resgate do que já existia no séc.XIII e no caso do precedente no Canadá, o facilitador era um oficial. Mas é sempre necessária a figura de um facilitador, para tentar equilibrar as forças, a justiça restaurativa parte do pressuposto que a vítima é vulnerável, então o facilitador e mediador ajudam nesse aspecto.

Em palestra à EMERJ em 20/03/2017 sobre justiça restaurativa e a solução de conflitos juvenis, a Doutora Dorothy Vaandering¹⁰ contou sobre a sua experiência no Canadá com a justiça restaurativa, entendendo que Justiça restaurativa é uma metodologia, um conjunto de técnicas utilizadas no tratamento preventivo e responsivo apresentados.

Na verdade, entende a doutora, que o caráter multifacetado dos casos que chegam,

7Ibid.

8CNJ. *Resolução nº 225/2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atosadm?documento=3127>>. Acesso em: 10 set. 2018.

9Há VORP espalhadas por diversos locais. No entanto, usou como exemplo, uma VORP de Fresno, Califórnia. Conforme: <<http://vorp.org/missvis.shtml>> e <<https://www.fresno.edu/visitors/vorp-cjc/vorp-overview>>. Acesso em: 10 set. 2018.

10JUSTIÇA restaurativa e a solução de conflitos juvenis. Palestrante: Dorothy Vaandering, Rio de Janeiro, EMERJ, 2017, DVD.



merece uma abordagem mais ampla, para que o tratamento possa gerar efeitos positivos para as pessoas envolvidas e sociedade contribuindo para a mudança do panorama de conflito generalizado no Brasil e no RJ.

Juventude, inclusão, segurança, dentre outros, são pontos importantes no Canadá. As estatísticas mostram que as taxas de reincidência são muito menores, quando participam do processo de justiça restaurativa. O Canadá é um dos países líderes no processo de implantação de justiça restaurativa. Sendo que em 69 % dos casos em que foram utilizados processos restaurativos houve sucesso em não reincidência (em um dos estudos).

Prossigui a Dra. Dorothy, entendendo que a justiça restaurativa é vista como uma outra forma, como uma ferramenta, para controlar o comportamento juvenil, mas isso seria equivocado. Porque é um processo de compartilhamento e diálogo, não devendo ser usado só para quando há o mau comportamento.

Além disso, entende que não é para ser só sobre o comportamento, mas sobre o contexto social da juventude também, porque quando se fala de comportamento, na justiça restaurativa, na visão da Doutora, o que se pede dos jovens é que mostrem sua vulnerabilidade, mas é uma troca, então se quem preside e quem participa vão mostrar sua vulnerabilidade também (diálogo), é apenas uma forma de controle e não um diálogo.

É preciso ter uma perspectiva crítica, um relacionamento e dentro disso mostrar respeito, dependência como seres humanos. A Doutora Dorothy entende que a injustiça tem se perpetuado não só nos relacionamentos, nos tratos, mas nas instituições também.

Diz que: “A forma como as faculdades, escolas são feitas, fecham as portas à justiça restaurativa. A justiça restaurativa exige humanidade. A juventude busca por relacionamentos, perder a gestão, quando falta gestão, isso vem de uma falta de amor.”¹¹ É o relacionamento que é importante, entre o juiz, advogado, partes e sociedade. Com relação a juventude é saber que eles têm valor.

Com relação à justiça restaurativa e juventude, para que funcione, deve haver um ambiente de compreensão, um ambiente caloroso, de amor, diálogo, etc. Entende que: “a questão vai além de controlar a juventude, controlar o comportamento, não é isso. Envolve empatia, amar incondicionalmente, pensar num bem-estar uns com os outros, é uma preocupação mútua¹².”

Finalizando, a Dra. Dorothy Vaandering, afirmou que a justiça restaurativa é um

¹¹ JUSTIÇA restaurativa e a solução de conflitos juvenis. Palestrante: Dorothy Vaandering, Rio de Janeiro, EMERJ, 2017, DVD.

¹² Ibid.



paradigma da mudança. O que é restaurado na justiça restaurativa? Dignidade, valor, interligação. Sendo a justiça inicialmente sobre valor e cuidado e a justiça secundária sobre reestabelecer esse valor.

Nesse contexto, nota-se que a justiça restaurativa pode e deve ser aplicada à adolescentes que cometerem atos infracionais, em especial quando se pensa no pleno desenvolvimento desse jovens em formação. Sendo cabível sua aplicação em consonância ao ECA, porque o referido estatuto não proíbe a implementação de medidas alternativas de solução de conflito.

A bem da verdade, quando se analisa o mandado constitucional, seguido pelo ECA, inclusive, quanto à participação da sociedade e da família no desenvolvimento das crianças e adolescentes, infere-se que é plenamente favorável a implementação da justiça restaurativa, porque essa é a atuação direta da família e da sociedade, além do próprio Estado, no desenvolvimento do adolescente. Especialmente se se considerar que a forma amplamente adotada no Brasil para se chegar a justiça restaurativa é por meio dos processos circulares (que envolve os agentes acima citados e se dá por meio de círculos em que todos participam ouvindo e sendo ouvidos).

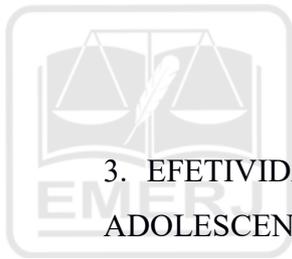
Apesar de ser recomendada, cabe ressaltar que a justiça restaurativa é de participação voluntária e casuística¹³, ou seja, não é necessariamente indicada para todos os casos de atos infracionais. Até porque há casos em que o processo de ressocialização já ocorreu, inclusive de forma suficiente pelas medidas protetivas do ECA, caso em que não haverá necessidade de utilização dos processos circulares.

De forma diversa, se o juízo perceber que é caso de aplicação da justiça restaurativa, pode encaminhar os envolvidos à realização dos processos circulares e suspender o processo na Vara da Infância e Juventude nesse interregno, inclusive.

Quanto à plausibilidade da aplicação da justiça restaurativa ao contexto brasileiro, além da acima já comentada, cabe destacar que apesar de indicado e fomentado pelo CNJ, a justiça restaurativa ainda “engatinha” na justiça brasileira, quando comparada às experiências estrangeiras. Em especial quando se analisa a realidade do estado do Rio de Janeiro.

Atualmente, há apenas uma única Vara da Infância e Juventude no estado que implementou de fato a justiça restaurativa a seus processos, apesar da recomendação do Conselho Nacional de Justiça para toda a federação. Dessa forma, se infere que ainda há muito a ser feito.

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 225, Artigo 2º, §§ 2º e 5º*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>. Acesso em: 10 set. 2018.



3. EFETIVIDADE E RESULTADOS PRÁTICOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA A ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

A proposta do presente capítulo é tratar da efetividade na aplicação da justiça restaurativa a adolescentes em conflito com a lei sobre três aspectos: ressarcimento da vítima, diminuição da reincidência no cometimento de atos infracionais, em especial os atos infracionais análogos a crimes patrimoniais e se a possível efetividade nas práticas restaurativas seria capaz de influenciar na diminuição da violência.

Quanto ao primeiro aspecto, é importante ressaltar que no contexto de justiça restaurativa e práticas restaurativas, o ressarcimento à vítima, não necessariamente está ligado ao conceito de ressarcimento patrimonial, usualmente utilizado no direito civil. No contexto restaurativo, o ressarcimento à vítima pode se dar de diversas formas, como o de cunho subjetivo, buscando um aspecto sentimental de reparação inclusive. Pode (e normalmente o faz) abranger aspectos penais também. Nesse sentido, dispõe a resolução 225 do CNJ¹⁴:

considerando que os arts. 72, 77 e 89 da Lei 9.099/1995 permitem a homologação dos acordos celebrados nos procedimentos próprios quando regidos sob os fundamentos da Justiça Restaurativa, como a composição civil, a transação penal ou a condição da suspensão condicional do processo de natureza criminal que tramitam perante os Juizados Especiais Criminais ou nos Juízos Criminais;

Considerando que o art. 35, II e III, da Lei 12.594/2012 estabelece, para o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei, que os princípios da excepcionalidade, da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo meios de autocomposição de conflitos, devem ser usados dando prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e que, sempre que possível, atendam às vítimas;

Nesse contexto, tem-se que a reparação do dano é um dos objetivos da justiça restaurativa, entendido pela lei como princípio norteador dessa e não só o dano à vítima que é o que será tratado no presente capítulo, mas também o dano à família, coletividade, sociedade envolvida na situação de ofensa como um todo. Dessa forma, as próprias normas relativas à justiça restaurativa costumam tratar do ressarcimento e reparação do dano, como preleciona o art. 1º, III, da Resolução 225 CNJ¹⁵:

as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade,

14BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 225*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>. Acesso em: 26 set. 2018.

15BRASIL, op. cit., nota 2.

destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro. (grifo nosso)

Prosseguindo no que foi dito anteriormente, o ressarcimento não está necessariamente ligado a ideia de ressarcimento patrimonial da vítima. Na verdade, o que se busca por meio do processo restaurativo e é o norte da justiça restaurativa, é a reparação das relações rompidas pela ofensa. No entanto, nos casos em que há a prática de atos infracionais análogos a crimes patrimoniais e que não havia vínculo anterior entre ofensor e vítima, será cabível também o ressarcimento monetário à vítima.

Contudo, a justiça restaurativa pode ir além de um mero ressarcimento monetário. O processo restaurativo permite que mesmo nos casos em que vítima e ofensor não se conheçam antes do evento danoso, sejam aplicadas formas diversas e mais efetivas de reparação à vítima e do ponto de vista da recomposição do tecido social, do que um simples “pagamento de indenização”.

Não há uma taxatividade nas formas de ressarcimento, como já dito; o caso em concreto é que demonstrará qual a medida que melhor se adéqua àquela situação. Ainda assim, é importante sempre destacar que se trata de uma autocomposição pelo método consensual de resolução de conflito. A consensualidade é contínua nos procedimentos restaurativos.

O segundo aspecto do presente capítulo, é o da diminuição da reincidência no cometimento de atos infracionais, também entendido como um dos objetivos da resolução 225 CNJ¹⁶, quando da leitura da referida norma em diversos pontos, em especial, ao tratar do facilitador e da recidiva do conflito, inclusive.

Dito isso, a experiência de diversos países demonstra uma melhora nos níveis de reincidência após a submissão de ofensores e vítimas a processos restaurativos, conforme demonstrou a consulesa geral do Canadá, Evelyne Coulombe, em palestra ministrada à EMERJ¹⁷. Apesar disso, é de se salientar que para uma experiência positiva no combate à reincidência, uma série de fatores deve ser conjugada, como:

A capacitação dos profissionais envolvidos nos procedimentos restaurativos, uma estrutura especial capaz de promover o ambiente para práticas restaurativas, a conscientização não só dos profissionais envolvidos nos procedimentos restaurativos, mas também das partes envolvidas, da sociedade envolvida e coletividade como um todo.

Nessa perspectiva, em que pese o esforço do judiciário brasileiro, em especial do CNJ

¹⁶Ibid.

¹⁷VAANDERING, Dorothy. Justiça restaurativa e a solução de conflitos juvenis. In: ENCONTRO PROMOVIDO PELO FÓRUM PERMANENTE DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DA JUSTIÇA TERAPÊUTICA DA EMERJ, 2017, EMERJ. Rio de Janeiro: EMERJ, 2017.



ao editar resolução regulando a matéria; com instituições de acolhimento a adolescentes em conflito com a lei superlotadas (um espelho do sistema carcerário brasileiro), endividadas, com má gestão, dentre outros problemas¹⁸, há um “rompimento” com o objetivo da justiça restaurativa.

Isso porque o ambiente de consenso, diálogo e respeito que é necessário para o sucesso da justiça restaurativa, deixa de existir frente ao descaso e desrespeito de direitos humanos que se apresenta como realidade aos menores de idade em conflito com a lei.

Dentro desse cenário, se propagam os casos de práticas de atos análogos a crimes, em especial, crimes patrimoniais que é o enfoque de atos infracionais análogos a crimes no presente trabalho. São crianças e adolescentes em situação de miserabilidade, abandono e não só familiar, mas estatal. O que fere o comando constitucional de ser dever também do Estado, proporcionar o desenvolvimento pleno das pessoas em desenvolvimento, conforme arts. 227 CRFB e 4º e 6º ECA¹⁹.

Para que a justiça restaurativa funcione de forma eficaz e com bons resultados no combate a violência, não é só necessário que o judiciário mude; é necessário que o Estado realize políticas públicas eficientes, com gestão eficiente, planejamento estrutural e orçamentário. É imprescindível também, que a sociedade se conscientize em um primeiro momento da importância do desenvolvimento pleno de crianças e adolescentes, em especial os que se encontram em conflito com a lei.

Em um segundo momento, é relevante que a sociedade se conscientize da importância da justiça restaurativa nesse processo de pleno desenvolvimento. Porque pode se tratar de uma resposta eficaz que o “sistema penitenciário”²⁰ não é capaz de dar. Não basta retirar das ruas e punir, não basta “empurrar a poeira para debaixo do tapete”. É indispensável resolver os conflitos em sua raiz, resolvê-los de fato. Coisa que a justiça restaurativa, com suas práticas e processos restaurativos, pode propiciar se estiver corretamente aparelhada.

18MPRJ. *MPRJ aponta que má gestão no Novo Degase compromete ações socioeducativas no Estado*. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/web/guest/home/-/detalhe-noticia/visualizar/61701>>. Acesso em: 26 set. 2018.

19 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2018. e *Estatuto da Criança e Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

20 O sistema penitenciário, na verdade, não se aplica a adolescentes em conflito com a lei, porque esses não cometem crime, mas praticam atos infracionais análogos a crimes. A eles são aplicadas as medidas socioeducativas e as medidas mais graves como a internação, por exemplo, se dão em estabelecimentos educacionais, que guardam traços de similaridade com o sistema penitenciário brasileiro.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa visou tratar da possibilidade de aplicação da justiça restaurativa às crianças e adolescentes em conflito com a lei. Versando sobre a insuficiência das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, no combate à violência e no papel de ressocializar os jovens envolvidos nos conflitos.

Além disso, trouxe um breve desenvolvimento histórico e panorama externo de aplicação da justiça restaurativa, como ela é entendida e utilização em países como Canadá e Estados Unidos (com a utilização das VORP = *victim offender reconciliation program*). Além de sua possível aplicação a jovens infratores.

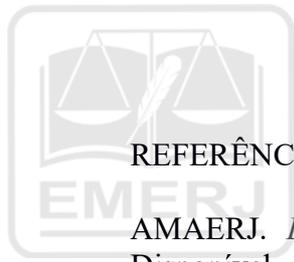
Prosseguindo, tratou de seu emprego ainda tímido no Brasil. Fruto de fatores como, desconhecimento sobre assunto por muitos operadores do direito, mas principalmente por falta de uma atuação conjunta dos poderes no sentido de realizar políticas públicas que viabilizem a implantação de uma justiça restaurativa efetiva.

Avançando, sobre a efetividade, abordou-se em três aspectos: da reparação do dano e ressarcimento da vítima, ressocialização do jovem ofensor e diminuição da reincidência no cometimento de atos infracionais. Quanto ao primeiro aspecto, demonstrou-se que é cabível a reparação de danos cometidos seja patrimonialmente ou por outros meios igualmente satisfatórios do ponto de vista da vítima e que não há maiores controvérsias nesse sentido.

Quanto aos dois últimos aspectos é que se entendeu ainda haver muito a ser feito para que se alcance um número expressivo de resultados práticos na ressocialização, levando à diminuição de casos de reincidência de adolescentes ofensores. Isso porque, se concluiu, conforme dito acima, que não é só a implantação da justiça restaurativa que fará os casos diminuírem, mas há a necessidade de uma atuação conjunta do judiciário com os demais poderes para a criação de um ambiente que torne efetiva e eficaz as práticas restaurativas.

Práticas restaurativas sem políticas públicas não são efetivas. Tendo em vista que processos restaurativos em um ambiente, como o atual cenário brasileiro, com escassez de respeito aos direitos humanos e garantias fundamentais como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, não chegam a ser inócuas, mas possuem um campo de eficácia drasticamente reduzido.

Por isso, há a necessidade de interação com uma postura proativa dos poderes; no sentido criar, executar e efetivar normas atinentes às políticas públicas que abram espaço para a justiça restaurativa e seus processos restaurativos serem desenvolvidos.



REFERÊNCIAS

AMAERJ. *Lucia Gliocche proíbe novas internações em educandário por superlotação*. Disponível em: <<http://amaerj.org.br/noticias/juiza-lucia-gliocche-proibe-novas-internacoes-em-educandario-por-superlotacao/>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. *Estatuto da Criança e Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Estudo identifica Justiça Restaurativa emergente e carregada de mitos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85599-pesquisa-cientifica-justica-restaurativa-emergente-e-carregada-de-mitos>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 225*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>. Acesso em: 10 set. 2018.

DOURADO, Maiara Batista. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: SAGE, v.17, n.98, jun./jul. 2016.

EMERJ. *JUSTIÇA restaurativa e a solução de conflitos juvenis*. Palestrante: Dorothy Vaandering, Rio de Janeiro, 2017, 1 DVD.

MELO, Eduardo Rezende. *Justiça Restaurativa e seus desafios histórico-culturais (um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da Justiça Restaurativa em contraposição à Justiça Retributiva)*. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano VI, n.21, p.111-128, jan./mar. 2006.

MÉXICO. *Consejo Ciudadano Para la Seguridad Pública y la Justicia Penal A.C.* Disponível em: <<http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/biblioteca/prensa/send/6-prensa/242-las-50-ciudades-mas-violentas-del-mundo-2017-metodologia>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *MPRJ aponta que má gestão no Novo Degase compromete ações socioeducativas no Estado*. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/web/guest/home/-/detalhe-noticia/visualizar/61701>>. Acesso em: 26 set. 2018.

ONU. *Resolução n° 2002/12*. Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A proposta restaurativa em face da realidade criminal brasileira*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 81, p.209-229, nov./dez. 2009.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa: Críticas e Contra críticas*. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.8, n.47, p.158-183, dez./jan. 2008.



VAANDERING, Dorothy. *Justiça restaurativa e a solução de conflitos juvenis*. In: encontro promovido pelo Fórum Permanente da Criança, do Adolescente e da Justiça Terapêutica da EMERJ, 2017, EMERJ. Rio de Janeiro: EMERJ, 2017.

VORP. *Victim Ofensor Organization Program*. VORP de Fresno, Califórnia. Disponível: <<http://vorp.org/missvis.shtml>> e <<https://www.fresno.edu/visitors/vorp-cjc/vorp-overview>>. Acesso em: 10 set. 2018.



A ADOÇÃO PELOS AVÓS POR IMPOSSIBILIDADE PSICOLÓGICA DA MÃE BIOLÓGICA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Anna Gabriela Bezerra dos Santos

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

Resumo – as estruturas familiares estão em constante mutação, o que permite o Direito de Família adotar uma visão mais neoconstitucional. O processo de adoção tende cada vez dar enfoque nos vínculos socioafetivos, principalmente quando se trata de uma relação quando os avós tratam seus netos como filhos fossem. A essência desse trabalho é demonstrar que é possível flexibilizar o artigo 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente que proíbe expressamente a adoção pelos ascendentes. Essa flexibilização deve ser feita de forma interdisciplinar a depender de cada caso, com o olhar para aqueles que sentem pais novamente com o nascimento dos seus netos: os avós, especialmente em situações de abalos psicológicos das mães biológicas.

Palavras-chave – Direito de família. Estatuto da Criança e do Adolescente. Adoção por avós. Princípio do melhor interesse da criança.

Sumário – Introdução. 1. Da possibilidade de flexibilização do art. 42, § 1º, do ECA. 2. Da prevalência da chamada posse do estado de filho e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 3. Da análise de casos controvertidos em que a mãe não tem condições psicológicas de criar o filho. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de adoção pelos avós por abalos psicológicos da genitora. A adoção é considerada um ato jurídico que tem por fim criar entre duas pessoas relações jurídicas idênticas às que resultam de uma filiação de sangue.

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, as questões se norteiam sempre pelo princípio do melhor interesse da criança, além do que o privado do direito civil passou a ganhar normas de ordem pública, o que garantiu aos menores direitos defendidos pelo Estado.

Não basta a Constituição Federal, o corpo de legislação em geral e o alicerce principiológico contemplarem e assegurarem os direitos para a proteção da criança e do adolescente, é necessário que analise o processo de adoção de forma interdisciplinar a situação de cada criança e adolescente, com o olhar para aqueles que sentem pais novamente com o

nascimento dos seus netos: os avós, especialmente em situações de abalos psicológicos maternos.

Para tanto, é essencial a análise das posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se as relações avoengas de boa-fé devem ser articuladas com sensibilidade em não seguir a letra fria da lei.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as possibilidades e reflexões sobre a flexibilização do artigo 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. É analisado se há uma necessidade de um novo sistema normativo que disponha sobre a adoção direta dos avós analisando todo o contexto fático e probatório da situação para não partir do pressuposto de afastar automaticamente o art. 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, já que o mencionado artigo dispõe que " não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando."

Também é analisado, no segundo capítulo da pesquisa, a prevalência da chamada posse do estado de filho e o princípio do melhor interesse do menor, em que envolve a importância do laço afetivo e a construção de um vínculo pelo qual não se baseia em relações biológicas.

No terceiro capítulo, pesquisa-se casos controvertidos sobre a mãe da criança ter abalos psicológicos a ponto de impedir de cuidar do filho. Um exemplo utilizado é o caso de violência sexual que os pais assumiram a criação do neto, situação que se prolongou durante todo o desenvolvimento do menor. Após, os avós pediram autorização para adotar o neto, alegando que estabeleceu "verdadeiro" e "indiscutível" vínculo de parentalidade socioafetiva.

Neste sentido, o trabalho tem o enfoque em situações corriqueiras que, diante do ordenamento jurídico, impedem a adoção direta pelos avós, quando, na verdade, isso só é prejudicial à criança.

Em muitas relações avoengas, os laços afetivos se sobressaem em comparação aos laços biológicos e a criança e/ou adolescente são tratados como filhos fossem. O amor, carinho e afeto dos avós para com os netos constituem uma espécie de vínculo insubstituível quando a criança, desde seu nascimento, enxerga seus avós como pais.

Portanto, a adoção de seus netos não configuraria um novo contexto familiar capaz de causar uma confusão mental na criança, pelo contrário, só confirmaria a relação de filiação socioafetiva.

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



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

1. DA DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 42, §1º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Sabe-se que a família é considerada o pilar da sociedade. Ao longo do século XXI, registram-se mudanças no conceito de família e, o mais importante no sentido de ser família, hoje, é a construção do laço afetivo e do convívio, não mais prevalecendo o tradicional laço sanguíneo.

Em 1988, o Brasil se insurgiu de uma revolução social, principalmente em relação à questão familiar. Via-se uma enorme preocupação em adotar a doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente que teve como marco o artigo 227 da Constituição Federal.¹

Convém dizer que a família perdeu seu caráter tradicional linear, compostas por pais e filhos, ou seja, pessoas unidas pelos laços matrimoniais e consanguíneos. Em que pese um conceito moderno e plural, a família é caracterizada pelo vínculo afetivo e pelo convívio, deixando a necessidade de ter laços de sangue.²

A adoção, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como decorrência o exercício do poder familiar, exigindo que sejam apreciadas as condições do adotante para cuidar dos interesses da criança ou do adolescente, para tê-los em sua companhia, em sua guarda, para que possa prover o sustento e educação.

As adoções pelos avós por seus netos, com a proibição expressa do artigo 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, necessitam de soluções mais dinâmicas quando demandadas no Poder Judiciário. Nesta diapasão, o judiciário precisa de decisões envolvendo não só a letra da lei, como também da análise do vínculo socioafetivo entre a adotado e o adotante.

Quando se trata de adoção, o preceito do art. 42, § 1º, do ECA tem recebido temperamentos, tendo em vista principalmente os melhores interesses do menor. As

¹BRASIL, *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicaohtm Acesso em: 27 fev. 2018.

² ALMEIDA, TANIA. *A Mediação Familiar no contexto de guarda compartilhada*: Particularidades da Mediação Familiar. Disponível em: http://www.mediare.com.br/08artigos_16mediacao_familiar.html Acesso em: 18 abri. 2018.



sentenças, quando envolvem sentimentos, as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas e a resposta judicial, por vezes, requer uma leitura aquém da legislação.³

A princípio, os vínculos de parentesco impeditivos para a adoção são os ascendentes e os irmãos do adotando. Ressalta-se que essa proibição do art. 42, § 1º do ECA foi baseada em dois preceitos: evitar a confusão mental da criança e do adolescente em “transformar” os avós em pais e evitar que a adoção fosse realizada apenas com intuito patrimonial ou assistencial para não ter problemas decorrentes de questões hereditárias e fraudes previdenciárias.

Desse modo, quando os avós acionavam o Poder Judiciário para entrar com o pedido de adoção de seus netos, o processo era extinto, sem resolução do mérito, ante a impossibilidade jurídica do pedido, visto a violação de norma cogente, sendo uma proibição expressa da adoção por ascendentes estabelecida pelo art. 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O conceito de família até então restrito, passou a ser mais amplo e plural, sem alterar o real significado de família que é a ideia de convivência harmônica e a felicidade em busca do melhor interesse do menor.⁴ Por esse motivo, os Tribunais vêm mitigando, com a análise minuciosa de cada caso concreto, o artigo 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Recentemente, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, admitiu a adoção de neta pelos avós em situação peculiar em que a pouca idade da mãe da adotanda impediu a formação dos laços naturais da maternidade biológica.⁵

De fato, não é uma tarefa fácil identificar a melhor solução que atenda efetivamente os interesses da criança ou do adolescente. Com isso, é de suma importância que a Justiça da Infância e da Juventude atue a partir do caso concreto, analisando sob uma ótica interdisciplinar os princípios vigentes no ECA.

Apesar de não incumbir ao Poder Judiciário se imiscuir em ponderação de princípios, se o próprio legislador já o fez, o ECA estabelece, no art. 6º, que o juiz poderá interpretar a lei levando em conta os fins sociais e o bem-estar do adotando.⁶

De acordo com o entendimento de Guilherme Nucci⁷, o dispositivo supramencionado pretende indicar ao Poder Judiciário, a forma mais adequada para interpretar o conteúdo do ECA: na dúvida, em prol da criança e do adolescente.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual e Direito das Famílias*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p.80.

⁴ ALMEIDA, op. cit.

⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp n° 1448969/SC*, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Disponível em: Acesso em: 27 fev. 2018.

⁶ *Ibidem*.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza: *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 27.



Nesse aspecto, para que o artigo 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente possa ser flexibilizado, deve ser analisado em que condição o infante é inserido na família, a estrutura que permeia a família, se há ruptura da família de fato, se não há confusão mental para a criança/adolescente ser adotado por seus avós.

Tendo em vista o cenário social e afetivo que o infante se insere, de maneira excepcional, os Tribunais Superiores adotam o posicionamento de que quando os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva, pode-se mitigar o disposto no art. 42, § 1º do ECA, à luz do princípio do melhor interesse do menor e a dignidade da pessoa humana.⁸

Segundo Rolf Madaleno⁹, as jurisprudências e as doutrinas modernas vêm prestigiando a verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou mãe, em suma de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial. Diante desse da mudança social do conceito de família, prevalece os laços afetivos e o interesse do infante para solucionar os casos concretos.

2. DA PREVALÊNCIA DA CHAMADA POSSE DO ESTADO DE FILHO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para a sociedade atual, as relações de filiação ultrapassam limites genéticos para valorizar relações que envolvam o afeto. A paternidade deve ser vista como uma forma construtiva de relacionamento. Com esse novo olhar, surgem conceitos até então nunca consagrados pela doutrina e jurisprudência, dentre eles a chamada posse do estado de filho.

No âmbito das relações familiares e de suas complexidades, há cada vez mais casos de crianças e adolescentes afastados dos seus pais biológicos que passam a conviver com pessoas que assumem a função de pais.

Para a proteção da criança e do adolescente, por sua condição vulnerável dentro da sociedade, foi estabelecido o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente observado no artigo 227 da Constituição Federal¹⁰ que, de acordo com o artigo supramencionado, é dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança e ao adolescente uma série de direitos com absoluta prioridade.

⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp* n° 1635649, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Disponível em: Acesso em: 27 fev. 2018.

⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 525/526.

¹⁰ BRASIL, *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

Ademais, pode-se afirmar que foi através do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que ocorreu a regulação do art. 227 da Magna Carta.¹¹ O ECA é considerado um microsistema que visa fortalecer os vínculos familiares, tendo a adoção uma medida de atender à dignidade e ao desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

Nas palavras de Sávio Bittencourt¹²:

O princípio do melhor interesse coloca a criança ou o adolescente em um patamar de superioridade jurídica, quando seus interesses colidem com os de pessoas adultas, vale dizer, a proteção da criança determina que sejam contrariadas vontades e expectativas de adultos, ainda que sejam seus genitores e parentes. Esta prevalência se sustenta no fato de ser a criança e o adolescente uma pessoa em formação, que deve ser defendida com a urgência necessária para que tenha condições favoráveis de crescimento, enquanto a inda vive a infância ou a adolescência.

Este princípio sugere que as crianças e os adolescentes devem encontrar no Estado o apoio necessário para o atendimento de suas necessidades, para que o desenvolvimento desses indivíduos seja de forma saudável e digna da formação de um caráter.

Por sua vez, a legislação civil¹³, no art. 1593, estabelece que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.” Nesta diapasão, esse artigo abriu pretexto para o surgimento de alguns enunciados da Jornada Civil¹⁴ referentes ao tema da paternidade socioafetiva, como o mencionado a seguir:

Enunciado 103 - Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art.1.593, outras espécies de parentesco civil, além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente, quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho.

Vale ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não possui legislação própria sobre o estado da posse de filho, o conhecido estado de “filho de criação”, porém a temática está sendo objeto de construção doutrinária e jurisprudencial, guiada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, afetividade, pluralismo familiar e melhor

¹¹Ibidem.

¹² BITTENCOURT, Sávio. *A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013 p. 35.

¹³ BRASIL, *Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹⁴ BRASIL, *Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: 10 ago. 2018.



interesse da criança e do adolescente, como o provimento n° 63 do Conselho Nacional de Justiça exposto a seguir no presente trabalho.¹⁵

Importante salientar o conceito da posse de estado de filho, nas palavras da doutrinadora Jacqueline Filgueiras Nogueira¹⁶, *verbis*:

A “posse de estado de filho” constitui a base sociológica da filiação, é esta noção fundada nos laços de afeto, o sentido verdadeiro de paternidade. Portanto, é essa noção que deve prevalecer em casos de conflitos de paternidade, quando as presunções jurídicas já não bastam e não convencem, ou quando os simples laços biológicos não são suficientes para demonstrar a verdadeira relação entre pais e filhos. Não são os laços de sangue nem as presunções jurídicas que estabelecem um vínculo entre uma criança e seus pais, mas o tratamento diário de cuidados, alimentação, educação, proteção e amor, que cresce e se fortifica com o passar dos dias.

Neste sentido, a posse do estado de filho se configura com base na convivência, na criação e no afeto. São relações de paternidade/maternidade que se sobrepõem ao aspecto biológico. É alguém assumir com responsabilidade o papel de pai e o outro de filho, dando-lhe amor, carinho, educação, alimentação, saúde. Pode-se afirmar que esses são elementos essenciais para o bom desenvolvimento e para a dignidade da pessoa humana.

Para o ministro Luiz Edson Fachin¹⁷, a posse de estado de filho é constituída por três elementos: a) tratamento- presente quando o indivíduo é tratado como filho; b) nome- ocorre quando ao filho é atribuído o nome dos pais; c) fama- há repercussão social em relação a filiação.

Em novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento n° 63, através do qual disciplinou o procedimento de reconhecimento de filiação socioafetiva, perante os Ofícios Do Registro Civil das Pessoas Naturais. O artigo 12 do Provimento n° 63/2017 do CNJ prevê que “suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local.”

Desse modo, muitos doutrinadores, como Carlos Magno da Souza¹⁸, defendem que um dos requisitos impostos pelo CNJ para reconhecer a filiação socioafetiva seria a condição da

¹⁵ SALOMÃO, Marcos, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf>. Acesso em 10 ago. 2018.

¹⁶ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras Nogueira. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 113-114.

¹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão em REsp n° 1371843-SP*. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483514/recurso-especial-resp-1328380-ms-2011-0233821-0>. Acesso em: 11 ago. 2018.

¹⁸ DE SOUZA, Carlos. *Conselho Nacional de Justiça cria regras para reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva*. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/?pg=x19leglizv9v> acesso em: 10 ago. 2018.



posse do estado de filho. Para ele, além do requisito da manifestação de vontade do requerente da filiação, dos pais biológicos e do filho maior de 12 anos, a referida norma impõe ao oficial de registro a necessidade de observar a configuração da posse de estado de filho como condição indispensável à caracterização da filiação socioafetiva.

Além disso, para a configuração da filiação socioafetiva é essencial o requisito da vontade e da voluntariedade do apontado pai/mãe de ser reconhecido juridicamente como tal. As manifestações de afeto e carinho somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver por parte daquele que depende o afeto, certeza da intenção de ser concebido como pai/mãe daquela criança ou adolescente.¹⁹

Portanto, o afeto na infância é muito importante para o desenvolvimento da criança, visto nesse período a criança é o centro das relações e do seu mundo. A posse de estado de filho à luz do melhor interesse da criança e do adolescente é considerado, na atualidade, legitimador essencial para o reconhecimento da paternidade e da filiação.

3. DA ANÁLISE DE CASOS CONTROVERTIDOS EM QUE A MÃE NÃO TEM CONDIÇÕES PSICOLÓGICAS DE CRIAR O FILHO

A visão sobre o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado uma hipótese taxativa. Como já tratado nesse presente trabalho, o conceito de família sofreu mutações e, com isso, os avós ganharam um importante papel para um grande número de crianças e adolescentes que são sustentados e cuidados por seus ascendentes. Porém, alguns não são criados como netos, mas como verdadeiros filhos.

Nas palavras de Adriana Kruchin Hirschfeld²⁰:

Não podemos olvidar que os avós, por sua experiência de vida e estabilidade pessoal, a princípio, são mais qualificados do que outras pessoas que, com apenas 18 anos de idade, maioridade reduzida pelo Código Civil, ou apenas se encontrem em união estável, são legalmente autorizados a adotar.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente baseia a proibição expressa no artigo 42, 1º em argumentos genéticos. Em se tratando de laços sanguíneos, os avós adotando

¹⁹ BRASIL, Op. Cit.

²⁰ HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. *A adoção pelos avós*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.5.



seus netos, será irmão de seu pai ou sua mãe. Nesta mesma linha de pensamento, também proíbe a adoção por irmãos.

Outros doutrinadores, como Arnaldo Marmitt²¹, defendem que o legislador se preocupou em não afetar a legítima do herdeiro necessário mais próximo ou de evitar fraudes à lei que adotam netos para fins de pensão, por exemplo. Desse modo, a proibição da adoção de neto por avós é vista com um caráter patrimonial, deixando de lado o caráter afetivo.

No entanto, pode-se dizer que a vedação contida no artigo 42, §1º do ECA deve ser suavizada, analisando cada caso, frente as suas peculiaridades e mediante ao prudente arbítrio do juiz em prevalecer o interesse do melhor interesse da criança e do adolescente, conciliando as pretensões dos avós como legítimas.²²

O Recurso Especial nº 1.635.649 - SP²³(2016/0273312-3) é importância para construir e retificar a lógica de que, em situações excepcionais, há a possibilidade de adoção pelos avós e uma possível flexibilização do artigo 42, §1º do ECA.

Esse julgado é o caso recente em que a criança foi concebida em circunstâncias traumáticas para a sua mãe que optou por prosseguir com a gestação, mas que com o nascimento do seu filho biológico, não reuniu condições psicológicas para criar a criança.

Com isso, os avós maternos supriram a justificada impossibilidade materna de assumir a criação de seu filho e, então, os avós criaram seu neto como filho fosse. Após passados 10 anos do tratamento equânime, estabelecendo uma relação íntima e afetiva com o neto, e também entre o infante e os filhos do casal – que se tratavam como irmãos- a real situação era os pais cuidando da prole, evidenciando uma filiação socioafetiva.

Desta feita, o casal pediu a adoção de seu neto com objetivo regularizar a situação de fato: sua mãe e tio biológicos eram seus irmãos.

A relatora Nancy Andrigui²⁴ afirma a possibilidade de flexibilizar o art. 42, §1º, do Eca, *in casu*:

Quando o próprio legislador quem outorga ao Estado-Juiz a possibilidade de, em linha de excepcionalidade, suplantando ou suplementando normas em nome do melhor interesse do menor, diz, implicitamente, que embora tenha regulado as relações intrafamiliares, há inúmeras circunstâncias, ditadas pela imprevisível dinâmica social, que podem fazer o sistema protetivo legislado conspirar contra os melhores interesses do menor e do adolescente, a quem pretende proteger. O princípio do melhor interesse

²¹ MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Ibidem.

²² ZVEITER, Waldemar. *Adoção* Ibidem.

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 1635649*, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79886713&num_registro=201602733123&data=20180302&tipo=51&formato=PDF; Acesso em 27 fev. 2018.

²⁴ Ibidem.

da criança é o critério primário para a interpretação de toda a legislação atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação específica que é analisada.

Para a Ministra Nancy Andrighi²⁵, são elencados como elementos justificadores da vedação à adoção por ascendentes a prevenção de “i) confusões na estrutura familiar; ii) problemas decorrentes de questões hereditárias; iii) fraudes previdenciárias e, iv) a inocuidade da medida em termos de transferência de amor/afeto para o adotando.”

Na hipótese dos autos o adotando está à beira de completar 18 anos, ou seja, não há em que se falar em fraudes previdenciárias, por conta da idade; em relação às questões hereditárias, os herdeiros diretos (mãe e tio biológico) concordaram com o pedido dos adotandos.

É imaginável a confusão que causaria a adoção dos netos por seus ascendentes, dentro do direito de família tradicional, porém, no caso, o adotante sempre foi tratado como irmão da mãe biológica, inexistindo um novo contexto para ele, sendo desnecessário inserir-se em um novo ambiente familiar. Portanto, não correrá o risco do adotando ter uma confusão psicológica, já que prevaleceu desde seu nascimento o laço socioafetivo do que biológico.²⁶

Ademais, outro caso similar particular é os pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade.²⁷

Veja-se que o Ministro relator Moura Ribeiro²⁸ concedeu a adoção do neto pelos seus avós por impossibilidade psicológica da mãe cuidar de seu filho biológico que, por ter pouquíssima idade à época da gravidez, também foi vítima de abuso sexual.

Pode-se afirmar que desde o nascimento, os pais adotivos cuidam da criança em todos os aspectos como se filho fosse, inclusive, em razão de a mãe do menor, à época do parto não ter condições psicológicas, sociais e financeiras para cuidar de seu filho.

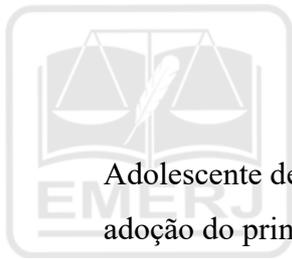
Neste caso, a mãe biológica concordou com a adoção pleiteada e o estudo social foi favorável à adoção. O ministro foi claro em seu voto ao afirmar que o Direito da Criança e do

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 1.448.969 – SC*. Relator: Min Moura Ribeiro. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39117966&num_registro=201400864461&data=20141103&tipo=91&formato=PDD. Acesso em 27: fev. 2018.

²⁸ Ibidem.



Adolescente deverá ser pautado em princípios neoconstitucionais, principalmente em relação a adoção do princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, *verbis*²⁹:

Atualmente, caracteriza-se o instituto da adoção, em razão da Doutrina da Proteção Integral, como de solidariedade social, com conteúdo predominantemente humano e ênfase no vínculo afetivo, objetivando amparar o adotado. Essa evolução do Direito, na área da criança e do adolescente, somente foi possível por estar em sintonia com o elemento basilar do constitucionalismo moderno, que é o da observância a Princípios. Essa busca pela observância aos princípios e em especial ao Princípio da Dignidade Humana vem da necessidade, até mesmo histórica, de reconhecer e valorizar o ser humano como início e fim do direito.

Com efeito, as estruturas familiares devem ser vistas como uma mudança a cada dia. No atual cenário do Direito de Família, aspectos individuais devem ter destaque junto com os direitos de 3ª Geração. Prevalece, pois, laços de afeto para que se configure uma filiação socioafetiva e possibilite a flexibilização do estabelecido no artigo 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente em razão do princípio do melhor interesse e da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito entre a taxatividade do artigo 42, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente e a possibilidade de sua flexibilização, em virtude dos direitos de terceira geração, dos princípios neoconstitucionais e do princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente.

O embate enfrenta problemáticas da falta de estudo e de análise aparente daqueles que são proibidos pela legislação de adotarem, nos moldes do artigo 42, §1º do ECA. É constatado na pesquisa que a doutrina e a jurisprudência se volta para discorrer a respeito daqueles que podem adotar, bem como os que podem ser adotados. Contudo, os que não podem adotar, com enfoque no trabalho os ascendentes, são excluídos taxativamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e omissos pelo Código Civil.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que as poucas decisões judiciais existentes sobre tais conflitos, – a proibição expressa da adoção de netos por avós e a possibilidade de flexibilização do artigo que o proíbe – são julgados com base na peculiaridade e particularidade de cada caso concreto.

²⁹ Ibidem.

Na prática, os relatores defendem a mudança das estruturas familiares ao longo do século, a preocupação do melhor interesse da Criança e do Adolescente, analisando se o adotando seria inserido em um novo contexto familiar e se a adoção causaria uma confusão mental para a criança e/ou adolescente.

Os votos dos Relatores analisados, faz uso cuidadoso dos princípios neoconstitucionais, principalmente os da Dignidade da Pessoa Humana e da Proteção Integral da Criança e do Adolescente. Os casos são humanizados e vistos sobre o prisma afetivo, autorizando que os avós continuem tratando os netos como filhos fossem, devido a casos singulares, principalmente os casos em que a mãe não tem menor condição psicológica de cuidar de seu filho biológico e é tratada como irmã desde o nascimento de seu filho.

Por flexibilizarem uma norma contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, é verificado que exige técnica hermenêutica mais complexa, como bem feito nos votos analisados no terceiro capítulo. O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que é preciso enxergar a realidade fática de cada situação para que se possa flexibilizar o artigo 42, §1º, do ECA, sendo bem fundamentado, dando destaque as relações afetivas construídas desde o nascimento da criança a ser adotada.

Em outras palavras, não há impedimento que os avós continuem assumindo a responsabilidade dos netos na situação em que as mães não possam assumi-los, em casos excepcionais. Os avós estão mais qualificados para assumirem a adoção dos netos por sua experiência de vida e pelo laço afetivo que cria com a criança.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, a de verificar que para o Direito de Família atual, as relações de filiação ultrapassam limites genéticos para valorizar relações que envolvam o afeto. A paternidade deve ser vista como uma forma construtiva de relacionamento, sendo que todos esses conceitos em construção vão ao encontro da possibilidade de adoção de netos por seus avós.

Esta pesquisa chegou ao entendimento de que o afeto na infância é muito importante para o desenvolvimento da criança e a posse de estado de filho, à luz do melhor interesse da criança e do adolescente, é considerada essencial para o reconhecimento da paternidade e da filiação.

A tentativa de justificar pelos doutrinadores os motivos da proibição da adoção dos netos por avós são dotados de impedimentos patrimoniais e genéticos. Porém, a flexibilização do artigo 42, §1º do ECA, faz com que os argumentos jurídicos bem fundamentados, em especial a adoção de princípios basilares, conferem legitimidade à decisão judicial em casos



classificados como particulares, como os analisados ao longo do terceiro capítulo dessa pesquisa.

Os principais argumentos usados por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na prevalência dos laços de afeto para que se configure uma filiação socioafetiva e possibilite a flexibilização do estabelecido no artigo 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente em razão do princípio do melhor interesse e da dignidade da pessoa humana.

É de entendimento inquestionável que afastar a letra fria da lei requer um imenso cuidado e uma fundamentação profunda. Para tanto, o olhar em prol do melhor interesse da criança e do adolescente, em casos de comprovada impossibilidade da genitora cuidar da sua prole, sem ocasionar abalos e confusões mentais no adotado, é essencial para que entenda que a proibição da adoção por ascendentes deve acontecer de forma automática.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que flexibilizar e possibilitar a adoção dos netos pelos avós não significa ir de encontro a legislação do Estatuto de Criança e do Adolescente, já que proíbe taxativamente a adoção por ascendentes, mas permite o olhar humano e digno para proteger a criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

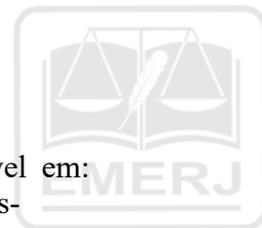
BITTENCOURT, Sávio. *A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL, *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /leis/2002/110406.htm Acesso em: 5 de jan. de 2016.

_____, Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil, 2002-2013*. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-iii-ive-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____, Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil, 2002-2013*. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-iii-ive-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____, Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil, 2002-2013*. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-iii-ive-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: 10 ago. 2018.



_____, Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão em REsp nº 1371843-SP*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483514/recurso-especial-resp-1328380-ms-2011-0233821-0>. Acesso em: 11 de ago. de 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 1.448.969 00864461- SC*. Relator: Ministro Moura Ribeiro, Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39117966&num_registro=201400864461&data=20141103&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 27 fev. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 151635649*, Relator: Ministra Nancy Andruigi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=AC&sequencial=79886713&num_registro=201602733123&data=20180302&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 27 fev. 2018.

COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DE SOUZA, Carlos. Conselho Nacional da Justiça cria regras para reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjEwNDM=>. Acesso em: 10 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual e Direito das Famílias*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*. 7. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. *A adoção pelos avós*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

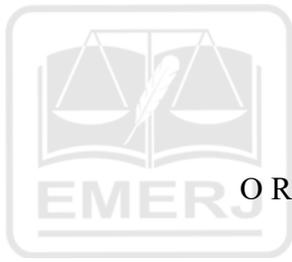
NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras Nogueira. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda Compartilhada*. Uma Solução possível. Revista Literária do Direito, ano 2, n. 9. p.19, jan./fev. 1996.

Revista IBDFAM. *Famílias e Sucessões*: Uma publicação do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Nº 11, Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

_____, *Famílias e Sucessões*: Uma publicação do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Nº 13, Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.



O REFLEXO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PENAL NAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS DA LEI Nº 9.099/95

Anne Lin Tong

Graduada pela Universidade
Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – O presente artigo visa analisar a necessidade de interpretar as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/1995 sob a ótica do neoconstitucionalismo. Destarte, busca-se delimitar, a priori, o conceito desse movimento no contexto histórico e jurídico brasileiro, mais especificamente no que tange ao Direito Penal brasileiro. Passa-se, então, a análise das medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais – Lei 9.099/1995, quais sejam: a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Por fim, apresenta-se uma nova releitura do processo penal à luz do movimento neoconstitucionalista e algumas soluções práticas à realidade forense criminal. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, doutrinária e legislativa.

Palavras-chave – Processo Penal. Neoconstitucionalismo. Juizados Especiais Criminais. Medidas despenalizadoras. Composição civil. Transação penal. Suspensão condicional do processo.

Sumário – Introdução. 1. Histórico legislativo dos juizados especiais e a fixação da competência em razão da matéria. 2. O movimento neoconstitucional e seu reflexo sobre as medidas despenalizadoras previstas da lei nº 9.099/1995. 3. O reflexo do neoconstitucionalismo sobre a aplicação das medidas despenalizadoras da lei nº 9.099/1995. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a necessidade de ser repensar as medidas protetivas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais, no contexto atual do Neoconstitucionalismo, considerando que outros diplomas legais já o fizeram, como é o caso do Código de Processo Civil de 2015¹.

Para tanto, abordar-se-á, por meio de pesquisas doutrinárias e legais, como o neoconstitucionalismo manifesta-se no ordenamento jurídico brasileiro e o reflexo desse sobre a Lei dos Juizados Especiais, especificamente.

O Direito é um reflexo da sociedade; uma engrenagem que deve funcionar ao passo que o pensamento social e os valores jurídicos, morais, políticos e religiosos se alteram.

¹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.



Assim, esse de nada serve se não acompanhar os movimentos da sociedade e permanecer estante no tempo.

O neoconstitucionalismo, nesse contexto, manifesta-se como fruto de uma nova interpretação das normas constitucionais à luz de garantias individuais e sociais consolidadas como normas jurídicas, sejam na forma de regras ou de princípios, a fim de moldar a aplicação do Direito.

Para melhor compressão do trabalho, inicia-se o primeiro capítulo abordando os Juizados Especiais, principalmente, no que tange à criação, competência e matéria desses. Para tanto, adotar-se-á um estudo histórico e cronológico, bem como a utilização de métodos de pesquisa voltados à pesquisa doutrinária e legal.

Passa-se então ao segundo capítulo, no qual o foco é entender o movimento neoconstitucionalista e o seu reflexo no processo penal. Diante da necessidade de maiores aprofundamentos, ainda se utilizando do método de pesquisa legal, mergulha-se em doutrinas com renomados estudos no Brasil e no exterior.

Por fim, no terceiro capítulo, abordar-se-á a aplicação desse movimento no contexto das medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais, assim, voltou-se o estudo e metodologia de pesquisa para contrastar a legislação, em especial a própria Lei dos Juizados Especiais – Lei nº 9.099/95², em face dos princípios constitucionais. Por fim, busca-se trazer uma solução de interpretação no neoconstitucionalismo tendo por base um método hipotético-dedutivo.

Por tais motivos, portanto, faz-se necessário repensar o Processo Penal, em especial, as medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais – Lei nº 9.099/95³ com base na nova interpretação constitucional, seja por conta de se tratarem de importantes mecanismos criados pelo legislador para permitir outras alternativas ao réu nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, seja porque o movimento neoconstitucionalista já vem se refletindo em inúmeras legislações como o Novo Código de Processo Civil⁴ e não cabe ao Código de Processo Penal⁵ ter uma leitura apartada desse contexto.

Destarte, visando tais objetivos supramencionados, bem como comprovar o tema ora defendido, esta pesquisa jurídica irá se utilizar de uma abordagem qualitativa fazendo uso de

² BRASIL. Lei nº 9.099/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.html>. Acesso em: 10 set. 2018.

³ Ibid.

⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.



bibliografia selecionada e correlacionada ao tema em parceria da pesquisa legislativa e doutrinária.

1. HISTÓRICO LEGISLATIVO DOS JUIZADOS ESPECIAIS E A FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA

Emergindo no cenário posterior à ditadura brasileira, a Constituição Federal de 1988⁶ foi esculpida visando garantir os direitos individuais e sociais, bem como a segurança jurídica a fim de evitar novas atrocidades políticas na história nacional.

Nesse contexto, idealizados desde o início da década de 80, os Juizados Especiais tiveram como marco legal a previsão da sua criação na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no artigo 98⁷, inciso I, no qual o constituinte assim estabeleceu:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criação:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Finalmente, em 26 de setembro de 1995, foi editada a Lei nº 9.099⁸, atualmente conhecida como Lei dos Juizados Especiais e responsável por inserir inúmeras alterações no ordenamento jurídico brasileiro, dentre essas, a criação de formas alternativas de resolução de conflito e de aplicação da pena.

Conforme Exposição de Motivos da Lei nº 9.099 de 26-09-95 do Projeto de Lei nº 1.480-A de 1989⁹, durante o seu processo legislativo, considerou-se o Direito Comparado, em especial, a discricionariedade controlada oriunda da Lei Italiana nº 689 de 1981, Modificações ao Sistema Penal – Descriminalização, bem como o Código de Processo Penal português de 1987.

Na sequência, em 12 de julho de 2001, o legislador pátrio preocupou-se em editar a Lei nº 10.259¹⁰, a fim de instituir e disciplinar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL. op. cit., nota 2.

⁹ Ibid.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 10.259. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

âmbito da Justiça Federal. No entanto, essa norma continuou a ser interpretada conforme os ditames da Lei nº 9.099/95¹¹ e adotando os princípios básicos dessa.

No que tange à competência dos Juizados Especiais, até meados do início de 2006, a essa era fixada em razão da matéria, tendo por base a Exposição de Motivos da Lei nº 9.099/95¹². Assim, no caso de infrações penais de menor potencial ofensivo, leia-se contravenções penais e crimes com pena máxima não superior a um ano, adotar-se-ia o rito dos juizados especiais.

Todavia, em 28 de junho de 2006, devido à influência doutrinária e as constantes jurisprudências, foi promulgada a Lei nº 11.313, que alterou os enunciados dos artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099/95 e o artigo 2º da Lei nº 10.259/01. Assim, passou-se a prever que o limite da pena máxima das infrações de menor potencial ofensivo, que antes era estipulado como um ano, seria de dois anos. *In verbis*:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

(...)

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Nessa senda, as medidas despenalizadoras trazidas pela Lei dos Juizados Especiais, tais como, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, têm natureza material¹³. Dessa forma, ainda que determinado processo siga o rito ordinário, típico das varas criminais, diante de crimes de menor potencial ofensivo, deve-se aplicar as normas inerentes à Lei dos Juizados Especiais.

Pode-se dizer, portanto, que as medidas despenalizadoras não são de uso exclusivo dos Juizados Especiais e podem ser aplicadas no rito ordinário e, inclusive, no Tribunal do Júri. Em outras palavras, sendo hipótese de conexão ou continência entre um delito de competência do Tribunal do Júri e outro de menor potencial ofensivo, no caso desse último, deve-se oportunizar ao réu os mecanismos despenalizadoras oriundos da Lei dos Juizados Especiais¹⁴.

¹¹ BRASIL. op. cit., nota 2.

¹² BRASIL. Exposição de motivos da Lei nº 9.099 de 26-09-95 do Projeto de Lei n. 1.480-A de 1989. p. 03, 04, 07.

¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre a justiça consensual no Brasil. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 14, n. 166, p. 02-03, set. 2006.

¹⁴ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. Versão digital. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365.



Ao aplicador do direito, podem surgir dúvidas quanto à aplicação das causas de aumento e de diminuição de pena. *A priori*, considera-se a pena máxima cominada. Por exemplo: havendo um crime cuja pena máxima extrapole 2 anos, mas esse tiver sido praticado na modalidade tentada, deve-se considerar a sua redução em 1/3, conforme previsão do artigo 14, inciso II c/c parágrafo único do Código Penal¹⁵. Se com a aplicação da minorante for possível chegar a um patamar inferior a 2 anos, sobre esse crime é possível buscar a adequação de alguma medida despenalizadora¹⁶.

Quanto ao concursos e crimes, a jurisprudência tem aplicado por analogia os enunciados das Súmulas nº 723 e 243 do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, que assim estabelecem:

Sum. 723: Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

Sum. 243: O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

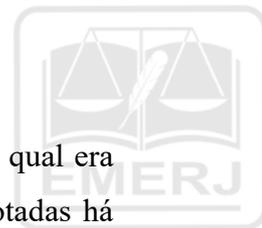
Logo, adota-se a seguinte lógica: (i) havendo a prática de dois ou mais crimes em concurso material, deve-se somar as penas máximas em abstrato, (ii) já nos casos de concurso formal ou de crime continuado, deve-se considerar o maior aumento, com base na pena máxima; após análise, se a pena máxima não ultrapassar o limite de 2 anos, tem-se que a competência será dos Juizados Especiais Criminais.

Cumprido ressaltar que tal posição não tem sido adotada de forma unânime pela doutrina. Dentre os doutrinadores que sustentam posição adversa, cita-se: Lopes Júnior, Giacomolli, Duclerc, Karam, Grinover, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes. Para estes, quando se tratar de concurso material de crimes, deve-se analisar a pena de cada um dos delitos isoladamente, e nos casos de concurso formal ou de crime continuado, deve-se ignorar as causas de aumento e considerar exclusivamente a pena do tipo penal mais grave¹⁷.

¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁶ FERNANDES. op. cit., nota 13.

¹⁷ Ibid.



Observa-se, então, que os Juizados Especiais emergiram em um cenário no qual era urgente descolocar as causas de menor complexidade das varas criminais, já abarrotadas há época, para novos juízos especializados.

Não obstante a utopia jurídico-legislativa, o que se tem, hodiernamente, são vara criminais que continuam assoberbadas de trabalho e juizados especiais, tanto cíveis quanto criminais, com pautas lotadas, não só de matéria de menor complexidade, mas também esdrúxulas e que, por vezes, poderiam ser solucionadas na esfera extrajudicial de forma pacífica e polida.

2. O MOVIMENTO NEOCONSTITUCINAL E SEU REFLEXO SOBRE AS MEDIDAS DESPENALIZADORAS PREVISTAS DA LEI Nº 9.099/1995

Durante décadas defendeu-se o postulado da norma sobre o ordenamento jurídico. Nesse contexto positivista, emergente na Europa do século XIX, priorizava-se a segurança jurídica por meio da utilização de mecanismos formais e extremamente legalistas para regular, não apenas as relações intersubjetivas, mas também as relações entre o Estado soberano e os seus súditos.

Kelsen, como notório autor da teoria do positivismo jurídico, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, asseverava que o direito era uma ordem normativa e coativa apartada de qualquer pressuposto moral¹⁸. Portanto, o ordenamento jurídico teria como pressuposto de existência e validade uma “norma superior”; haveria uma norma fundamental acima de todas as demais (*grundnorm*). Essa validade, não obstante, deveria ainda se sustentar sob um pressuposto de eficácia social mínima, sob pena de não ser aplicada de forma útil na prática.

O positivismo jurídico, dessa forma, pode-se dizer que afastou do sistema normativo qualquer leitura moral ou axiológica, dando espaço a um sistema concreto de normas que buscavam o ideal de justiça. Embora a segurança jurídica *a priori* trazida, tal fato acabou por justificar atrocidades como as cometidas por regimes totalitários que se diziam atuar “conforme a lei”.

Após o marco histórico da Segunda Guerra Mundial e a consequente crítica que derivou desse ponto acerca do respeito aos direitos humanos, passou-se a uma nova releitura

¹⁸ STEFANO, Silvia Helena de Almeida. *Perspectiva do Estado Democrático de Direito e as Teorias Positivistas*. 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito. Disponível em: <revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1110/509>. Acesso em: 26 de ago. 2018.



das doutrinas positivistas e defensoras do normativismo jurídico, abrindo espaço para o pensamento pós-positivista e, com ele, a reaproximação do direito e da moral.

Na doutrina de Dworkin, a aplicação dos princípios se faz necessária, pois só assim era possível evitar o extremo legalismo e a discricionariedade judicial. Nesse contexto, a moral, todavia, não basta por si só, devendo ser delimitada, sob risco de adotar um subjetivismo extremo que poderia levar a diferentes interpretações valorativas¹⁹.

Nessa senda, assim dispõe Fernanda Matzenbacher²⁰:

nesse sentido, fica o Direito positivo, único, como o verdadeiro Direito, aquele que foge das incertezas de uma moral difusa na sociedade. Observado este caráter institucional do Direito, deve-se notar, não obstante, que ele não se aceita mais simplesmente como uma ordem sem que ela tenha um sentido para a sociedade, tal como o modelo legalista se perfez. Importa o que esta ordem regula. (...) O que pôde notar, assim, é um conceito de moral como uma moral relativa e difusa, que engloba diferentes concepções valorativas. Desta, por incerta, o Direito positivo, por sua própria natureza, se distancia. Por outro lado, tem-se a Moral, como uma concepção moral comum e aceita de uma forma consensual e que deve fazer parte do Direito.

Portanto, sob uma ótica pós-positivista, a norma deveria refletir muito mais do que apenas a vontade do legislador, ela era a vontade dos que este representava: o povo. Em outras palavras, acima do império da lei, dever-se-ia considerar a dignidade da pessoa humana e, para tanto, também criar mecanismos que permitissem a interpretação constitucional e modulação das normas constitucionais a fim de adequá-las a cada situação.

Com base nos princípios e direitos fundamentais e superando o Estado de Direito oriundo do liberalismo, surge, então, o chamado Estado Democrático de Direito, sendo norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser interpretado à luz da doutrina kantiana como a utilização do homem como um fim em si mesmo e não como mero instrumento de outrem para alcançar seus próprios desejos.

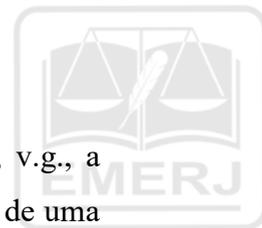
O Estado, contudo, não poderia ser limitado por qualquer forma de Direito, por exemplo o direito natural ou consuetudinário. Havia a necessidade de normas de maior hierarquia e poder de irradiação sobre o restante do ordenamento jurídico. Tal fato explica justamente a necessidade da força normativa das normas constitucionais.

Lassalle²¹ em sua obra, “A Essência da Constituição”, prelecionava que uma Constituição escrita, por si só, não passava de mera folha de papel. A validade das normas

¹⁹ MATZENBACHER, Fernanda. *A relação entre Direito e moral em Dworkin e Ferrajoli: o Estado Constitucional de Direito*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88125/dissertacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

²⁰ Ibid.

²¹ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998.



constitucionais se dava, portanto, quando estas refletiam os fatores reais de poder, v.g., a pequena burguesia e a classe operária. Destarte, tais fatores ao serem trazidos ao seio de uma Carta Magna e positivados no texto desta, tornavam-se instituições jurídicas e quem atentava contra estas, ia de encontro à própria norma constitucional em si. A partir de então a Constituição deixava de ser apenas um mero apanhado de normas escritas em um papel e tornava-se o que Lassalle chamou de Constituição real²².

Hesse, por outro lado, contrapondo-se a Lassalle, defendia que a Constituição teria, por si só, uma força normativa. Portanto, a Carta Magna não deveria refletir simplesmente os valores das instituições jurídicas ou das relações de poder dominantes. Por certo que Hesse não afastava de todo a interpretação de Lassalle, contudo, condicionava de forma recíproca a realidade político-social e a Lei Fundamental. Ou seja, a Constituição, além de refletir a realidade e as consequentes mutações sociais, sustentava um dever ser²³.

A força da Constituição, portanto, não diz respeito apenas das regras nela positivadas, mais do que isso, há um núcleo principiológico que emana normas fundamentais e essas irradiam-se sobre as demais fontes do sistema jurídico. É nesse contexto que se enquadra o neoconstitucionalismo.

Conforme ensina o ilustre Ministro Barroso²⁴, o movimento constitucional, para ser compreendido deve ser estudado sobre três marcos fundamentais: histórico, filosófico e teórico.

O marco histórico do novo direito constitucional, conforme supramencionado, deu-se após a Segunda Guerra Mundial, especialmente na Alemanha e na Itália. Durante tal período, ocorreu a aproximação do constitucionalismo e das ideias democráticas. O que deu espaço ao surgimento da doutrina do Estado Democrático de Direito, que se traduzia no poder soberano do Estado fundamentado em ideais de democracia, de forma a condicionar o poder estatal para evitar arbitrariedades e abusos, bem como refletir a vontade da maioria.

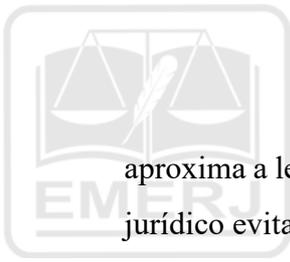
No que tange ao marco filosófico, Barroso²⁵ ensina que ocorreu a aproximação do Direito da Filosofia, por conta do movimento pós-positivista, no qual se confluíram parte do movimento jusnaturalista e do positivismo. Assim, por um lado, o jusnaturalismo moderno

²² XAVIER, Vinicius de Moura. *A essência da Constituição: uma análise da colaboração de Ferdinand Lassalle para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p301.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

²³ MOREIRA, Marcelo Silva. Lassalle x Hesse e as reformas à Constituição Brasileira. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 2, n. 17, 10 ago. 1997. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

²⁵ *Ibid.*



aproxima a lei da razão, e, por outro, o positivismo traz a segurança necessária ao ordenamento jurídico evitando que o sistema seja deveras mutável.

Por fim, o marco teórico diz respeito a três grandes transformações a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A força normativa da Constituição, supramencionada nos moldes da doutrina de Hesse, atribuiu à norma constitucional o status de norma jurídica. A expansão da jurisdição constitucional, outrossim, teve maior significação com o advento da CRFB/88, na qual foram trazidos diversos mecanismos para a realização do controle concentrado de constitucionalidade e esses somados aos já existentes, como a ação declaratória de constitucionalidade.

Destarte, o neoconstitucionalismo brasileiro destaca-se no terceiro fator ora mencionado por Barroso, qual seja, a nova interpretação constitucional. Contudo, antes de ingressar no conceito dessa interpretação é importante frisar que o movimento constitucional brasileiro teve maior ascensão com Constituição Federal de 1988. Isso porque essa emergiu de um período ditatorial e autoritário, no qual o constituinte, temendo as atrocidades ocorridas no regime anterior e nos porões da ditadura, fez questão de positivizar de forma expressa valores fundamentais, tais como os direitos individuais e sociais do povo brasileiro.

No que tange à nova interpretação constitucional, Barroso preleciona que essa se trata de interpretação jurídica de forma a reconhecer que as normas constitucionais são normas jurídicas. Além de abarcar a tradicional interpretação baseada em métodos como o teleológico e o histórico, agora o intérprete utiliza de princípios e da ponderação desses para melhor ajuste do fato à vontade da norma constitucional.

Posto isso, assim define Barroso²⁶ o neoconstitucionalismo como “um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”. *In verbis*:

o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

²⁶ BARROSO. op. cit., nota 24.



No que tange ao direito penal brasileiro o constituinte trouxe, além dos princípios positivados na CRFB/88²⁷, v.g., contraditório e ampla defesa, uma série de garantias expressas no texto constitucional a fim de assegurar direitos individuais no âmbito penal. Cita-se, destarte, por exemplo, o princípio da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII da CRFB/88) e o princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX da CRFB/88).

A questão, contudo, é questionar se, de fato, o neoconstitucionalismo tem se irradiado sobre o ordenamento penal brasileiro, principalmente no que tange à aplicação de medidas despenalizadoras ou também as chamadas “medidas alternativas da pena”, com base na Lei nº 9.099/95²⁸. Logo, com base nos próprios ideais constitucionais, a pena privativa de liberdade é medida excepcional que deve ser aplicada sempre em última instância. Não obstante, na prática observa-se muito mais condenações exacerbadas e vagamente fundamentadas do que a busca pelo direito real da prova e aplicação de princípios constitucionais como o *in dubio pro réu*. É o que se passa a demonstrar no capítulo seguinte.

3. O REFLEXO DO NEOCONSTITUCIONALISMO SOBRE A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS DA LEI Nº 9.099/1995

Certo é que o movimento neoconstitucional tem, desde o advento da Constituição Federal de 1988²⁹, irradiado, paulatinamente, sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Seja na aplicação principiológica e na busca por métodos alternativos de resolução de conflito, até mesmo na preocupação do legislador em assegurar a leitura das normas infraconstitucionais a luz da supremacia da Constituição.

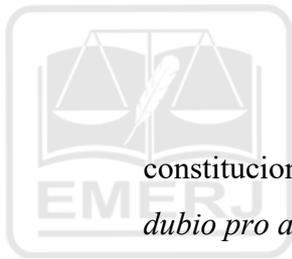
Contudo, tem-se uma realidade forense, por vezes, adversa aos ideais constitucionais trazidos pela Carta Magna³⁰. Nesse contexto, não é necessário demasiado esforço para encontrar um absurdo número de decisões pautadas em fundamentações genéricas e, por vezes, contraditórias às provas nos autos. Cita-se, v.g., os casos de crime de estupro nos quais apenas há como prova acusatória a palavra da vítima contraditória às demais provas dos autos, tais como depoimentos das testemunhas, exame de corpo e delito e a própria narrativa da suposta vítima em sede policial. Não é raro que em casos como esses, ainda assim, haja a condenação do réu. O que leva a questionar se, de fato, o direito penal brasileiro se pauta na garantia

²⁷ BRASIL. op. cit., nota 6.

²⁸ BRASIL. op. cit., nota 2.

²⁹ BRASIL. op. cit., nota 6.

³⁰ Ibid.



constitucional do *in dubio pro réu*, ou estar-se-ia criando um precedente nos tribunais do *in dubio pro acusação*.

No que tange aos juizados especiais criminais, pode-se considerar que uma das maiores garantias trazidas pelo legislador é a possibilidade de adoção de medidas alternativas a fim de evitar a pena privativa de liberdade. Justamente por conta desse objetivo legal, há quem melhor considere chamar tais medidas de “medidas despenalizadoras”.

Importante, todavia, frisar, conforme ensinamentos de Luiz Flavio Gomes³¹ que tais “medidas despenalizadoras” não devem ser confundidas com as chamadas “medidas descriminalizadoras”. Isso porque, enquanto as primeiras evitam as penas privativas de liberdade e, uma vez cumpridas, afastam a punibilidade do acusado; as segundas evitam o tipo penal em si. Ou seja, com as medidas descriminalizadoras, busca-se a retirada de determinada conduta do rol criminal, criando uma situação de *abolitio criminis*.

Logo, com base na Lei nº 9.099/1995³² tem-se as seguintes medidas alternativas: (i) transação penal, (ii) suspensão condicional do processo e (iii) composição civil. Passa-se a análise de cada uma abaixo.

A primeira delas, a transação penal, nos ensinamentos de Aury Lopes Jr.³³, trata-se de proposta oferecida pelo Ministério Público ao réu acerca da adoção de pena antecipada de multa ou restritiva de direitos com o benefício de, ao final do cumprimento das medidas, não lhe ser reconhecida a culpabilidade, nem lhe ser imputada reincidência, sendo considerada por muitos doutrinadores como o autor ora referido, um direito subjetivo do acusado. Portanto, diante da existência dos requisitos legais trazidos no artigo 76 da Lei nº 9.099/1995³⁴, *in verbis*, o acusado terá o direito a transacionar com o órgão ministerial.

art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Isto posto, tem-se como requisitos objetivos: (a) que o réu não tenha sido condenado, por meio de sentença definitiva, a crime com pena privativa de liberdade e (b) não tenha sido beneficiado anteriormente, no prazo de 5 anos pela proposta transaccional. Ademais, como

³¹ GOMES, Luiz Flavio. SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. *Qual a diferença entre medidas despenalizadoras e medidas descriminalizadoras?*. Disponível em: < <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924870/qual-a-diferenca-entre-medidas-despenalizadoras-e-medidas-descriminalizadoras>>. Acesso em: 10 de set. 2018.

³² BRASIL. op. cit., nota 2.

³³ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 963.

³⁴ BRASIL. op. cit., nota 2.

requisitos subjetivos, cita-se: (a) os antecedentes, (b) a conduta social, (c) a personalidade do agente (e) e os motivos e as circunstâncias do caso.

A suspensão condicional do processo, por sua vez, está elencada art. 89 da Lei nº 9.099/1995³⁵, que assim dispõe:

art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Tem-se, assim, que, no momento de oferecimento da denúncia o *Parquet* poderá oferecer ao acusado a proposta de suspensão condicional do processo desde que: (i) a mínima que lhe será cominada pelo tipo penal em abstrato seja igual ou inferior a um ano; (ii) e não seja o acusado réu em outro processo, ou (iii) não tenha sido condenado por outro crime doloso com condenação à pena privativa de liberdade, salvo pena de multa.

Aceitando a proposta, o acusado terá suspenso pelo juiz o seu processo, bem como o prazo prescricional da pretensão punitiva pelo prazo de 02 a 04 anos, enquanto cumpre as medidas que lhe foram impostas. Todavia, caso venha a descumprir o acordo ministerial, faz-se possível o retorno à persecução penal.

Outrossim, importante ressaltar que a suspensão condicional do processo, embora prevista na Lei dos juizados especiais, não se aplica apenas aos casos de menor potencial ofensivo. Ou seja, desde que o crime tenha pena mínima igual ou inferior a um ano, faz-se possível a sua adoção. Só há duas exceções a essa regra: (i) na justiça militar, conforme art. 90-A da Lei nº 9.099/1995³⁶ e (ii) nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme art. 41 da Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha³⁷. Respectivamente:

artigo 90-A da Lei 9.099/1995: “As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. (Artigo incluído pela Lei nº 9.839, de 27.9.1999)”

artigo 41 da Lei 11.340/2006: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Por fim, a composição civil surgiu do ideal do legislador da Lei n. 9.099/1995³⁸ de criar uma justiça restaurativa para complementar a justiça retributiva, conforme elencado a

³⁵ Ibid.

³⁶ BRASIL. op. cit., nota 2.

³⁷ BRASIL. Lei nº 11.340/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.html>. Acesso em: 10 set. 2018.

³⁸ BRASIL. op. cit., nota 2.



Exposição de Motivos do referido corpo normativo.³⁹ Assim, pode-se dizer que a criação da composição civil trazida pela Lei dos Juizados Especiais trouxe uma nova tendência, qual seja, a busca pela reparação do dano, por meio de novas formas de solução da lide, tais como a conciliação e a mediação.⁴⁰

A dúvida paira no que tange aos requisitos legais subjetivos, haja vista ter-se nesse contexto possibilidade de diferentes interpretações e, conseqüentemente, de inúmeras formas de aplicação da norma pelo operador do direito. Considerando que cada pessoa traz consigo uma noção de mundo, cultura e princípios, a aplicação de tais requisitos é, por vezes, temerária. Assim sendo, para evitar quaisquer receios, o ideal é que seja sempre observada a vontade da Constituição⁴¹.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se considerar que o neoconstitucionalismo, espelhado do modelo de Estado Democrático de Direito, assegurou na Constituição de 1988⁴² princípios garantidores de direitos individuais e sociais, além daqueles de suma importância ao processo penal, tais como, o princípio da legalidade.

Nessa senda, o operador de direito deve sempre, diante de dúvidas, lacunas e conceitos abertos ou indeterminados, *a priori*, analisar a vontade do constituinte, v.g., caso um juiz não tenha provas suficientes nos autos que garantam ser o réu o autor de determinado crime, nesse momento ele deve voltar os olhos à Carta Magna. Essa, por sua vez, é explícita ao trazer o princípio da presunção da inocência no art. 5º, inciso LVII⁴³. Logo, nesse caso, só há uma possibilidade ao juiz, qual seja: a absolvição do acusado.

Mister ressaltar que o Direito Penal, como ferramenta asseguradora do bom funcionamento da sociedade e manutenção da ordem, deve sempre ser utilizado como *ultima ratio*. Portanto, seguindo essa lógica, dentro do sistema penal, a pena privativa de liberdade é a última medida a ser cogitada e, justamente por conta desse processo racional de aplicação da pena, é que o legislador trouxe meios alternativos ao operador do direito, como as medidas despenalizadoras da Lei nº 9.099/1995.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Seria a transação penal uma prática restaurativa? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 21, n. 246, p. 12, mai. 2013.

⁴¹ BRASIL. op. cit., nota 6.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.



Em outras palavras, a vontade da Constituição é a liberdade do indivíduo, não o cerceamento desta. Portanto, deve-se buscar aplica-la primeiro, ao invés de interpretar a norma como um mecanismo de acusação indiscriminado no qual inocentes são primeiramente presos para depois serem julgados.

O neoconstitucionalismo emerge para lembrar que não basta uma mudança de interpretação da norma penal, mas sim da aplicação da persecução da pena na realidade prática. Seja por meio de julgamentos condizentes com o tempo razoável de duração do processo, ou até mesmo pela motivação das decisões judiciais de forma coerente e fundamentada, não bastando transcrições de decisões prontas e padronizadas.

Assim sendo, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo exige que sejam colocados os ideais constitucionais em primeiro plano, tais como a liberdade, o direito à vida e à saúde, bem como os princípios previstos na Carta Magna⁴⁴, v.g., legalidade e a obrigação da motivação das decisões judiciais. Diferente disso seria retroceder aos avanços legais e, mais do que isso, frustrar a essência da Constituição⁴⁵.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Exposição de motivos da Lei nº 9.099 de 26-09-95 do Projeto de Lei nº 1.480-A de 1989. p. 03, 04, 07.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

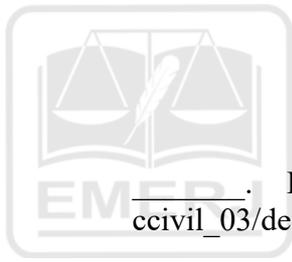
_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

⁴⁴ BRASIL. op. cit., nota 6.

⁴⁵ Ibid.



_____. Decreto-Lei nº 2848/1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2018

_____. Lei nº 9.099/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Lei nº 10.259. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Lei 11.340/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre a justiça consensual no Brasil. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 14, n. 166, p. 02-03, set. 2006.

GOMES, Luiz Flavio. SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. Qual a diferença entre medidas despenalizadoras e medidas descriminalizadoras? Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924870/qual-a-diferenca-entre-medidas-despenalizadoras-e-medidas-descriminalizadoras>>. Acesso em: 10 de set. 2018.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998.

LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 10. ed. Versão digital. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATZENBACHER, Fernanda. *A relação entre Direito e moral em Dworkin e Ferrajoli: O Estado Constitucional de Direito*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88125/dissertacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

MOREIRA, Marcelo Silva. Lassalle x Hesse e as reformas à Constituição Brasileira. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 2, n. 17, 10 ago. 1997. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Seria a transação penal uma prática restaurativa? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 21, n. 246, p. 12, mai. 2013.

STEFANO, Silvia Helena de Almeida. Perspectiva do Estado Democrático de Direito e as Teorias Positivistas. 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito. Disponível em: <revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1110/509>. Acesso em: 26 de ago. 2018.

XAVIER, Vinicius de Moura. *A essência da Constituição: Uma análise da colaboração de Ferdinand Lassalle para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p301.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

CASTRAÇÃO QUÍMICA EM SERES HUMANOS NO BRASIL: EVOLUÇÃO DOS PROJETOS DE LEIS APRESENTADOS E SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Bárbara de Araújo Gomes

Graduada pela Faculdade Integrada Vianna Junior. Advogada.

Resumo - os crimes contra a dignidade sexual trazem consigo uma alta carga de reprobabilidade por parte da sociedade em geral. Fazendo com que novos Projetos de Lei fossem criados objetivando uma maior punição do condenado por tais crimes. Uma opção que surgiu foi a inclusão da castração química no ordenamento jurídico brasileiro. Este tratamento provoca uma discussão de sua adequação ou não no sistema constitucional brasileiro. A essência do trabalho é abordar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da inclusão, e verificar a evolução dos Projetos de Lei apresentados no decorrer do tempo sobre o tema.

Palavras-Chaves - Direito Penal. Direito Constitucional. Direitos Humanos. Castração Química. Projeto de lei. Dignidade da pessoa humana. Direito a saúde. Possibilidade do condenado.

Sumário - Introdução. 1. Aplicação da castração química no mundo. 2. Cabimento da castração química na constituição de 1988. 3. A introdução da castração química no ordenamento brasileiro. Conclusão. Referências.

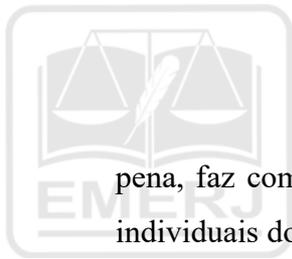
INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca discutir a castração química em humanos no Brasil, em especial o Projeto de Lei que visa a introduzir no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente nos crimes tipificados nos artigos 213 e 217-A do Código Penal, essa modalidade de punição.

O crime de estupro, de modo amplo, é um crime bárbaro, que assombra a sociedade desde os primórdios, provocando uma constante tentativa de criar métodos mais eficazes de repressão.

A partir de 2009, com a alteração do Código Penal Brasileiro, por meio da Lei nº 12.015/09, houve a inclusão da categoria de Crimes Contra a Dignidade Sexual, em uma tentativa de especificar o tipo penal e assim surtir maiores efeitos inibitórios. Porém, os números de crimes contra a dignidade sexual continuam crescendo, conformes pesquisas, mostrando ineficaz tal mudança.

Tais fatores, juntamente com uma tendência mundial de mobilização contra a violência sexual e apoiado no clamor popular, que busca maior punição e efetividade na aplicação da



pena, faz com que surja diversos projetos legislativos cada vez mais restritivos dos direitos individuais dos condenados.

É nesse contexto atual que surge projetos de leis visando a implementar a castração química no ordenamento jurídico brasileiro. Tem como exemplo o PL do Senado nº 552/2007, PL nº 6363/2013, PL nº 9728/2018 e o PL nº 5398/2013, no qual focaremos o estudo.

O presente trabalho faz-se relevante ao aprofundar os estudos no PL nº 5398/13 e seus anexos posteriores. Aonde discutir-se-á a forma de implementação do instituto da castração humana, a consonância desta com a Constituição Brasileira de 1988, e o aspecto volitivo do condenado na sua aplicação. Visto que há uma constatação da ineficácia fática do modo repressivo atual e da necessária atualização dos modos repressivos e punitivos.

Este artigo se desenvolverá em três capítulos. O primeiro capítulo visa à comparação do instituto pelo mundo. Descombatibilizando os modos de aplicação nos países. Objetivando mostrar que é um meio possível de ser adotado a fim de diminuir os crimes contra a dignidade sexual e além de presar pela saúde do condenado.

O segundo capítulo discute a compatibilidade da castração química com a Constituição de 1988, e a necessidade da ponderação de direitos constitucionais. À dignidade humana do condenado e proibição de penas degradantes/cruéis, em contraposição ao direito coletivo a segurança pública. Objetivando ao final deste comprovar que a castração química é compatível com a Constituição Federal, e não se apresenta como uma pena degradante ou mesmo cruel.

Para finalizar, o terceiro capítulo aborda se a castração química, como apresentado no PL nº 5398/13 e seus anexos, se apresenta como direito do condenado ou como condição obrigatória de benefícios legais. Concluindo pela necessidade de entender a castração como um direito do condenado e assim compatibilizá-la à Constituição atual.

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

A abordagem desta pesquisa jurídica será qualitativa, visto que pretende valer da bibliografia pertinente à temática em foco para assim sustentar a sua tese.

1. APLICAÇÃO DA CASTRAÇÃO QUÍMICA PELO MUNDO

A temática da castração química tem cada vez mais ganhado a mídia, há uma grande recorrência de casos de estupros violentos, muitas vezes cometidos contra crianças e por vezes partindo de entes que, a priori, transparecem uma confiabilidade extrema, como integrantes de igrejas e instituições de ensino.

Nesse contexto, tal possibilidade de controle da libido do delinquente e, assim, a diminuição de crimes similares ganharam força no mundo, e vêm ganhando força no Brasil. Neste, há propositura de vários projetos de leis objetivando a implementação, não tendo ainda nenhum sido aprovado.

O início de tal forma de punição na América se deu no Estado da Califórnia, EUA, em 1997, com a modificação do seu Código Penal Estadual. A lei californiana traz um misto de obrigatoriedade e faculdade do processo de castração. Em um primeiro momento há a faculdade, caso o crime seja praticado pela primeira vez e à maior de 13 anos; e em um segundo momento, há a obrigatoriedade do tratamento se reincidente o molestador, estando, nesse caso, a castração integrada na pena¹.

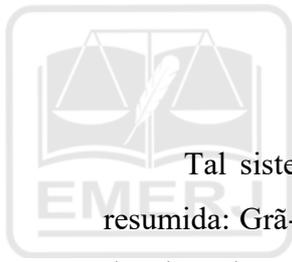
Nota-se que o sistema de tal Estado Americano, ao se tornar obrigatório, vai de encontro à Constituição Brasileira de 1988. A castração química deve surgir como uma possibilidade do apenado, não podendo, à luz da atual Constituição, ser imposta, sob pena de se tornar uma punição cruel, expressamente vedada, conforme apresentará no próximo capítulo.

Portanto, a possibilidade oferecida ao réu primário, cuja a vítima é maior de 13 anos, é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez que não se coloca como condição para usufruir um outro direito. Mas tão somente como uma possibilidade de tratamento, e assim reintegração eficaz do condenado na sociedade.

No sistema californiano ainda é possibilitado ao apenado que se submeta a castração física, que é permanente, logo, não seria necessário o tratamento hormonal². A castração física é flagrantemente inconstitucional, tendo como base a Constituição Brasileira de 1988, visto ser uma pena perpétua e que se materializa sobre o corpo do condenado.

¹ HEIDE, Márcio Pecego. Castração química para autores de crimes sexuais e o caso brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1400, 2 maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9823>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

² Ibid.



Tal sistema de punição também é adotado em países europeus. De maneira direta e resumida: Grã-Bretanha permite a castração química voluntária e possui um registro nacional de abusadores de criança; Dinamarca e Suécia admitem a castração química para casos extremos e demonstram uma redução acentuada na taxa de recidividade.

Já na França o projeto de lei prevê tratamento obrigatório, que pode ser psiquiátrico ou farmacológico, com a administração de fármacos que inibem a libido do acusado³⁻⁴.

No mundo a castração química se apresenta de diversas formas, tendo como traço comum o anseio social para que o Estado seja mais efetivo no embate contra estes molestadores, trazendo segurança à sociedade como um todo.

No Brasil não havia de ser diferente. Durante a consolidação da Constituição da República Federativa Brasileira, promulgada em 1988, diversos projetos foram propostos, objetivando a implementação da castração química no ordenamento jurídico brasileiro.

Citamos em especial o Projeto de Emenda Constitucional - PEC nº 590/98⁵, de autoria da deputada federal, à época, Maria Valadão, visava o acréscimo de um inciso no art. 5º da Constituição, permitindo a castração química para autores reincidentes específicos de crime de pedofilia com estupro. Tal projeto não prosperou, sendo arquivado.

Outros projetos com o mesmo objetivo surgiram, cita-se os Projetos de Lei nº 2.725/97⁶, nº 7.021/02⁷ (então deputado federal Wilgberto Tartuce), ambos foram arquivados. Em 2007 o tema volta à tona com a propositura do Projeto de Lei nº 552/07⁸ (senador, à época, Gerson Camata), também arquivado.

³ MOURA, Patricia Borges; SCHMALZ, Diovon Roberto. A castração química: Sua explícita inconstitucionalidade em consonância à (re)socialização do apenado. *Revista Direito em Debate*, [S.l.], v. 24, n. 44, p. 3-42, ago. 2015. ISSN 2176-6622. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/4483>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

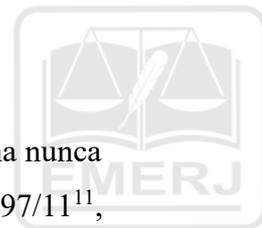
⁴ Ainda em 2018 a discussão quanto à possibilidade de castração química se mantém, conforme notícia veiculada no site: FRANCO, Daniella. *França debate obrigatoriedade de castração química de estupradores*. Disponível em <<http://br.rfi.fr/franca/20180504-franca-debate-obrigatoriedade-de-castracao-quimica-de-estupradores>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁵ BRASIL. *Projeto de Emenda a Constituição nº 590* de 1998. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169721>>. Acesso em: 20 ago. 2018>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 2.725* de 1997. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=206174>>. Acesso em: 17 out. 2018.

⁷ BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.021* de 2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=58512>>. Acesso em: 17 out. 2018.

⁸ BRASIL. *Projeto de Lei nº 552* de 2007. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/82490>>. Acesso em: 17 out. 2018.



Sem resultados eficientes que ocasionasse a diminuição de crimes sexuais o tema nunca saiu de pauta, o que se nota pelos projetos PL nº 4.399/08⁹; PL nº 349/11¹⁰; PL nº 597/11¹¹, nenhum desses alcançou êxito, por suposta violação à Constituição de 1988.

Atualmente está em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.398/13¹², que tem em anexo o PL nº 6.363/13 e PL nº 9.728/18, que serão aprofundados no próximo capítulo.

De acordo com a Constituição de 1988¹³ a castração química somente pode ser considerada constitucional quando apresentada como um direito ao apenado, não podendo obrigar o condenado a aderir a este tratamento. Nota-se que os projetos arquivados tinham como objetivo a implementação da castração química como uma pena por si só, sendo cogente, e por isso inconstitucional.

O último projeto apresentado (PL nº 9.728/18¹⁴) traz uma evolução, aonde se vê a castração química predominantemente como uma opção do condenado, e ao aceitar este tratamento terá benefícios no cumprimento da sua pena, logo estaria em consonância com a Constituição.

2. CABIMENTO DA CASTRAÇÃO QUÍMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Brasileira de 1988 traz como um dos princípios fundamentais da República Federativa Brasileira a Dignidade da Pessoa Humana, disposta no art. 1º III,

⁹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.399 de 2008*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=418075>>. Acesso em: 17 out. 2018.

¹⁰ BRASIL. *Projeto de Lei nº 349 de 2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491711>>. Acesso em: 17 out. 2018.

¹¹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 597 de 2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=493436>>. Acesso em: 17 out. 2018.

¹²Última movimentação do projeto em 11/06/2018, devolvido da CCJC sem manifestação pelo relator não membro. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=572800>>. Acesso em: 20 ago 2018.

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

¹⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº 9.728 de 2018*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2168988>>. Acesso em: 19 set. 2018.



fazendo-se necessário que tal princípio seja tomado como filtro para qualquer análise de constitucionalidade.

Com mais razão se faz presente na esfera penal. Nessa área há um conflito constante entre direitos considerados fundamentais, visto que na esfera penal estamos constantemente em contato com os direitos considerados mais essenciais dentre os fundamentais, quais sejam a vida, integridade física, liberdade.

Por este motivo, é no Direito Penal que a dignidade da pessoa humana mais aparece como norte interpretativo, sendo sempre necessário sua colocação como parte em uma ponderação. Porém, cumpre salientar que se deve analisar tanto a dignidade do acusado quanto a dignidade da vítima, que ao se juntar com outros princípios faz com que um deles preponderem.

Dizer que a dignidade da pessoa humana tem um caráter absoluto, não significa dizer que é um princípio absoluto. O seu caráter absoluto concede a ele um elevado peso na ponderação, porém, assim como qualquer outro princípio, a sua efetivação deve ocorrer em graus de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes e ainda dos outros princípios presentes na ponderação.¹⁵

Neste sentido a necessidade de ponderação mostra-se como uma obrigação do legislador, e vezes do interprete que esta diante do caso concreto, não sendo permitido pela Constituição em nenhum caso aniquilar um direito em prevalência de outro, podendo somente relativiza-los, mantendo a base mínima deles.¹⁶

De acordo com Marcelo Novelino¹⁷, a dignidade da pessoa humana se coloca como núcleo axiológico de todo o constitucionalismo contemporâneo, sendo considerado, inclusive na Constituição de 1988, como valor constitucional supremo. Essa positivação como fundamento da República Brasileira impõe um valor tipicamente jurídico a algo que antes era visto somente como um valor moral.

Ainda para este autor¹⁸, “o dever de respeitar a dignidade impede que uma pessoa seja tratada como um meio para se atingir um determinado fim (aspecto objetivo), quando este tratamento for fruto de uma expressão do desprezo pela pessoa em razão de sua condição (aspecto subjetivo)”.

¹⁵NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed Salvador: JusPodivm, 2017, p. 262.

¹⁶AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O "direito" do condenado à castração química. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1593, 11 nov. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10613>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

¹⁷NOVELINO, op. cit., p. 261-262.

¹⁸Ibid., p. 263.



Em conclusão, tem na dignidade da pessoa humana uma tripla dimensão normativa: metanorma - funcionando como diretriz criativa e interpretativa; princípio - obrigando aos poderes públicos o dever de proteção e promoção desses valores; e por fim, regra - dever de respeitar a dignidade, seja o próprio estado ou terceiros.¹⁹

Seguindo o mesmo entendimento que Marcelo Novelino, Ingo Wolf²⁰ defende que a dignidade não existe somente nos estados que a positivaram e nem mesmo na medida que as positivaram, mas já constitui um dado prévio, preexistente e anterior a toda experiência normativa, por ser inerente da pessoa humana, como uma qualidade desta.

Em uma filtragem constitucional da castração química temos uma análise necessária se atingiria a dignidade da pessoa humana do condenado.

Em um primeiro viés tem a consideração da castração química como pena imposta ao condenado por crimes sexuais. Neste aspecto é flagrantemente inconstitucional, visto que a maior parte da doutrina, destaca-se Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar²¹, considera como cruel qualquer pena que atinja diretamente o corpo do condenado.

Neste ponto há de diferenciar da castração física, que incontestavelmente, é uma pena vedada pela constituição. Pois por ser uma intervenção agressiva e permanente no corpo da pessoa é considerada como pena de caráter perpetuo, vedado de maneira expressa pela Constituição no seu art. 5º XLVII 'b'.

Em um segundo viés tem-se a consideração da castração química como uma possibilidade do condenado. Nesse contexto, não há que se falar em pena, pois a castração passa a ser uma opção do condenado, onde o exercício deste direito pode gerar reflexos positivos no cumprimento da pena.

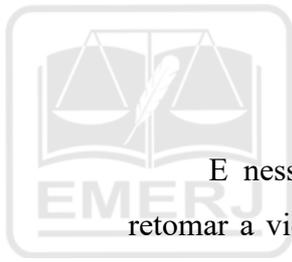
Esse é o intuito seguido pelo Projeto de Lei nº 9.728/18, anexo ao Projeto de Lei nº 5.398/13, que será maior explorado no terceiro capítulo deste artigo.

Ao considerar a pena como uma possibilidade do condenado, ela se coloca como uma materialização da dignidade humana do próprio condenado. Isso porque, em muitos casos o criminoso contumaz está em uma posição que não consegue sair sem o devido tratamento. Há casos em que há vontade livre e consciente por parte do delinquente de parar de realizar aqueles crimes. Porém, devido a distúrbios físicos e/ou psicológicos não consegue atingir o objetivo.

¹⁹Ibid., p. 264.

²⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 42.

²¹AGUIAR, op.cit. nota 16



E nesse aspecto que o Estado deve proporcionar meios de auxiliar o condenado a retomar a vida em sociedade, mantendo a segurança da coletividade e também a segurança pessoal do condenado.

Nota-se que o Estado busca não punir meramente por punir, mas mais que isso, busca, com a pena, reintegrar o delinquente a sociedade, e que esta reintegração seja a mais efetiva possível. Ao dar meios e possibilidades de tratamento ao condenado o Estado atinge o objetivo da pena de forma menos gravosa àquele e mais eficiente a este.

A castração química ainda pode ser analisada no aspecto da saúde²², onde também se coloca como uma obrigação estatal. A Constituição traz em seu art. 6º as disposições dos direitos sociais, dentre os quais se destaca o direito a saúde, que deve ser prestado de forma eficiente e para todos. Logo, não pode o condenado ser excluído dessa prestação de serviço, devendo ter a seu alcance tratamento a contento.

Após tais considerações, e tendo por base a definição de dignidade da pessoa humana dado por Marcelo Novalino²³ e supra-mencionada, a violação da dignidade humana, e em consequência a violação da Constituição, se daria ao usar o condenado simplesmente em um aspecto de repressão geral, onde este serviria como exemplo de punição para os propensos futuros delinquentes. Pois nesse caso o condenado seria mero meio de atingir um fim.

Ao proporcionar ao condenado uma forma de alterar sua qualidade de vida, e assim estimular a reintegração a sociedade, estaria privilegiando sua dignidade, sua condição de ser humano, logo não há como falar em inconstitucionalidade da castração química quando colocada como uma opção ao condenado.

3. A IMPLEMENTAÇÃO DA CASTRAÇÃO QUÍMICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O amadurecimento da implementação da castração química no Brasil gerou a formação de um último Projeto de Lei em mais consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, e em especial com a Constituição de 1988²⁴.

²² LOPES, Joemilson Donizetti. *Castração química, de pena a direito - análise à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 31 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45632&seo=1>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

²³ NOVELINO, op. cit, nota 15

²⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.



Atualmente há em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.398/2013²⁵, que foi devolvido, recentemente, sem a manifestação do relator não membro na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania - CCJC. A este projeto está apensado o PL nº 6.363/2013²⁶ e o PL nº 9.728/2018²⁷. Do projeto inicial apresentado para o último apensado mostra-se uma evolução na aplicação da castração.

O PL 5.398/13 tem por objetivo introduzir a castração química no ordenamento brasileiro como uma obrigação. Conclui-se isso pois o projeto busca, dentro outras, a alteração no parágrafo único do art. 83 do Decreto-Lei nº 2.848²⁸ (Código Penal) acrescentando que “(...) nos casos dos crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, somente poderá ser concedido se o condenado já tiver concluído, com resultado satisfatório, tratamento químico voluntário para a inibição do desejo sexual”²⁹.

A ideia de obrigatoriedade é reforçada, pois o projeto também traz a alteração no §2º art. 4º da Lei nº 8.072/1990³⁰ (Lei dos Crimes Hediondos), “(...) nos artigos 213 e 217-A, somente poderá ser concedida se o condenado já tiver concluído, com resultado satisfatório, tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual”³¹.

As redações acima mencionadas mostram-se de encontro com os preceitos constitucionais prezados pela atual ordem brasileira. Embora transpareça que o objetivo é colocar como um benefício, há uma verdadeira imposição da castração ao condenado.

Em uma análise sistemática dessas alterações sugeridas pelo projeto e o ordenamento jurídico atual conclui-se pela obrigatoriedade da castração. A expressão usada em ambas as alterações, ‘somente poderá ser concedida’, demonstra a vinculação total da realização da castração química com o recebimento do benefício, seja o livramento condicional, seja a progressão de regime.

²⁵ BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.398*, de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=572800>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.363* de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=592362>>. Acesso em: 19 set. 2018.

²⁷BRASIL, op. cit. nota 14

²⁸BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E2AB14A114D58312279F619627ED9150.proposicoesWebExterno1?codteor=1078354&filename=PL+5398/2013>. Acesso em: 19 set. 2018

³⁰ BRASIL. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072compilada.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

³¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E2AB14A114D58312279F619627ED9150.proposicoesWebExterno1?codteor=1078354&filename=PL+5398/2013>. Acesso em: 19 set. 2018.



É certo que o instituto em análise não vem exposto no tipo como uma pena decorrente da prática daquele delito, porém isso não quer dizer que seja facultativo ou que não atinja a dignidade do condenado.

Para a análise de constitucionalidade deve ser feita uma interpretação ampliativa do princípio da dignidade humana, a fim de tutelar esse no seu grau máximo. Não podendo uma lei reduzir a efetivação já alcançada dessa dignidade.

Por esse motivo a obrigatoriedade da castração química para qualquer benefício do réu deve ser entendido, a luz da Constituição de 1988³², como inconstitucional.

Em 15 de março de 2018 foi apensado a esse projeto o PL nº 9.728/2018³³. Este é a mais recente tentativa de introdução da castração química no ordenamento brasileiro.

O PL nº 9.728/2018³⁴ traz alteração nos mesmos dois artigos. Na Lei de Crimes Hediondos há a inclusão dos §§ 5º a 7º no art. 2º dessa lei. A interpretação constitucional dessa alteração é favorável, isso porque a lei passaria a trazer uma nova possibilidade, sem retirar do condenado qualquer opção.

A regra atual é que poderá haver a progressão de regime para os condenados em crime hediondo após cumprido 2/5 da pena se primário, ou 3/5 da pena se reincidente, art. 2º §2º da Lei nº 8.072/90³⁵. Com a alteração esta regra seria mantida para aqueles que não se propuserem a prática da castração química. E surgiria a possibilidade de realizar o procedimento e ter estes prazos diminuído para 1/6 da pena se primário, ou 2/5 se reincidente.

Neste contexto a castração química se colocaria como uma possibilidade do condenado, que não perderia nenhum direito que já foi adquirido, somente dando a esse a possibilidade escolher.

A forma como se colocou a castração nesse projeto a vê como mais que uma punição, mais que uma possibilidade, mas como uma efetivação do direito à saúde, por óbvio nos casos em que os impulsos forem oriundos de doenças.

Logo, pode ser vista como uma forma de fornecer ao condenado doente uma autodeterminação³⁶ que antes era suprimida pela doença. Tendo casos em que a pessoa é conduzida por um impulso doentio e mesmo buscando se afastar não consegue. Neste sentido a castração funcionaria como a materialização do direito fundamental à saúde, e por consequência da dignidade da pessoa humana.

³²Brasil, op. cit. nota 24.

³³Brasil, op. cit. nota 14.

³⁴Ibid

³⁵Brasil, op. cit. nota 30.

³⁶LOPES, op. cit. nota 22.

Com exposto, tem-se que a alteração sugerida pelo PL nº 9.728/18³⁷ na Lei de Crimes Hediondos é constitucional, pois dá ao condenado uma possibilidade de aderir a castração química e assim ter vantagens, e para os condenados doentes a possibilidade de tratamento eficaz.

O Projeto de Lei traz uma outra alteração, agora no art. 83 do Código Penal³⁸, que acrescenta o inciso VI. Contudo esta alteração parece não ter seguido a mesma política que a sugestão anterior adotou, e deve ser mantido as críticas feitas ao PL nº 5.3122/09³⁹.

A alteração sugerida no art. 83 do Código Penal cometeu o mesmo erro do projeto inicial, embora em seu texto coloque que o acusado necessita consentir, acaba por condicionar o benefício ao aceite. Logo, gera uma obrigatoriedade e um retrocesso no que tange aos benefícios já adquiridos pelos condenados, conforme já colocado. Acabando, em última análise por ser inconstitucional.

O PL nº 9.728/18⁴⁰ deve ter as alterações sugeridas analisadas separadamente. A que incide na Lei de Crimes Hediondos apresenta uma ótima técnica, indo ao encontro dos preceitos constitucionais; enquanto a que incide sobre o Código Penal, manteve o mesmo erro dos demais, indo de encontro com a Constituição.

CONCLUSÃO

A castração química é uma modalidade de tratamento para aqueles que cometem crimes contra a dignidade sexual, e vem ganhando aplicabilidade em grande parte do mundo. Diversos países já aderiram a castração química, que se incluem ao ordenamento local de formas diferentes.

No Brasil há a tentativa de inclusão da castração química no ordenamento pátrio, buscando a diminuição dos números alarmantes dessa espécie de crimes. Contrariamente existe a alegação de inconstitucionalidade, pois iria de encontro com a proibição constitucional a penas cruéis.

Contudo a castração química não pode ser vista somente sobre o aspecto de penalidade, devendo ser enxergada de maneira mais ampla, a fim de ser usada como uma forma de

³⁷Brasil, op. cit. nota 14.

³⁸Brasil, op. cit. nota 28.

³⁹Brasil, op. cit. nota 25.

⁴⁰Brasil, op. cit. nota 14.



materialização da dignidade humana do próprio condenado, pois se apresenta como uma possibilidade a esse. E não como uma obrigação imposta pelo Estado.

Um outro viés a ser buscado com a castração química é a concretização da saúde do condenado, que indiretamente também garante sua dignidade. O apenado deve ter seu direito constitucional a saúde prestada de forma eficiente, principalmente quando custodiado pelo Estado.

Nesse sentido, cumpre ao Estado trazer a possibilidade ao condenado de descobrir qualquer transtorno sexual que possa gerar o cometimento dos delitos e seu eficaz tratamento, dentre eles pode estar a castração química.

Logo, conclui-se que a castração química apresenta duas fases, podendo ser aplicada como punição ou como direito do condenado.

Sob o primeiro prisma, tem a latente inconstitucionalidade da aplicação, sendo uma pena considera cruel e desumana, sendo divergente dos preceitos pregados pela Constituição Brasileira de 1988.

Já sob o segundo prisma, há a adequação ao ordenamento, sendo considerada tal medida como constitucional, uma vez que visa garantir a dignidade humana do condenado, sendo ao simplesmente possibilita-lo aderir ao programa de castração química, sendo ao promover o direito fundamental saúde por meio desse.

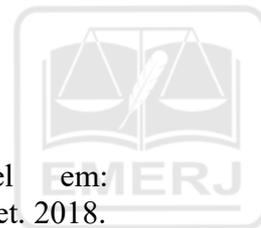
O mais recente Projeto de Lei que visa a inclusão da castração no Brasil traz duas alterações: sendo uma considerada constitucional, por se apresentar exatamente como uma possibilidade ao condenado - art. 2º do PL nº 9.728/18; e a outra como inconstitucional, uma vez que coloca a castração química como empecilho a benefícios já garantidos no ordenamento atual, podendo ser considerado um reprocesso - art. 3º do PL nº 9.728/18.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O "direito" do condenado à castração química. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1593, 11 nov. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10613>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.



_____. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072compilada.htm. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Projeto de Emenda a Constituição nº 590* de 1998. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169721>. Acesso em: 20 ago. 2018>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 2.725* de 1997. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=206174>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 349* de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491711>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 4.399* de 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=418075>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 5.398* de 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=572800>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 552* de 2007. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/82490>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 597* de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=493436>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 6.363* de 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=592362>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 7.021* de 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=58512>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 9.728* de 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2168988>. Acesso em: 19 set. 2018.

FRANCO, Daniella. *França debate obrigatoriedade de castração química de estupradores*. Disponível em <http://br.rfi.fr/franca/20180504-franca-debate-obrigatoriedade-de-castracao-quimica-de-estupradores>. Acesso em: 20 ago. 2018.



HEIDE, Márcio Pecego. Castração química para autores de crimes sexuais e o caso brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1400, 2 maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9823>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

LOPES, Joemilson Donizetti. Castração química, de pena a direito - análise à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 31 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45632&seo=1>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

MOURA, Patricia Borges; SCHMALZ, Diovan Roberto. A castração química: Sua explícita inconstitucionalidade em consonância à (re)socialização do apenado. *Revista Direito em Debate*, [S.l.], v. 24, n. 44, p. 3-42, ago. 2015. ISSN 2176-6622. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/4483>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed Salvador: JusPodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4 ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRANSGENITALIZAÇÃO - A ADEQUAÇÃO DOS TRANSEXUAIS AO REQUISITO NORMATIVO DO FEMINICÍDIO E A SUA INCLUSÃO COMO SUJEITO PASSIVO

Barbara Malacarne Siqueira

Graduada em Direito pela Unisalle/RJ.

Resumo - a Lei nº 13.104/15 alterou o Código Penal para introduzir a figura típica do feminicídio, qualificando o homicídio quando praticado por condições do sexo feminino. Contudo, há divergência quanto a possibilidade da inclusão dos transexuais como sujeitos passivos de tal tipo penal, existindo correntes doutrinárias que entendem pelo seu enquadramento no conceito de sexo feminino e outras entendendo que não haveria tal subsunção. O presente trabalho, com base nos princípios constitucionais da legalidade e da dignidade humana, bem como na interpretação teleológica, busca apontar a cirurgia de neocolpovulvoplastia como superação de tal discussão, possibilitando o enquadramento dos transexuais como sujeito passivo do crime de feminicídio ainda que seja adotado o critério biológico para determinação do sexo feminino.

Palavras-chave – Direito Penal. Feminicídio. Sujeito passivo. Transexual. Neocolpovulvoplastia.

Sumário – Introdução. 1. A violência contra a mulher e a introdução do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro. 2. O critério adotado para a definição do sujeito passivo do feminicídio e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Os princípios legalidade, taxatividade, in dubio pro reo e a interpretação restritiva como óbices para a inclusão do transexual como sujeito passivo do feminicídio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da inclusão do transexual como vítima do feminicídio. Busca-se demonstrar que a cirurgia de transgenitalização – neocolpovulvoplastia – é o marco capaz de superar o requisito normativo do homicídio cometido contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

Para tanto, aborda-se posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema de modo a viabilizar a discussão sobre a coadunação da ampliação da proteção conferida pelo tipo penal em questão com os princípios fundamentais norteadores do Estado Democrático Brasileiro.

A introdução da figura típica do feminicídio no ordenamento pátrio pela Lei nº13.104 de 2015 foi mais uma forma de dar maior visibilidade e força à política de combate aos delitos cometidos contra as mulheres iniciada com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, tendo como outro marco normativo a Lei nº11.340 de 2006, a Lei Maria da Penha.



Contudo, a proteção conferida às mulheres pelo feminicídio vem sendo negada aos transexuais femininos desde a tramitação do projeto de lei na Câmara dos Deputados, onde foi determinada uma emenda substitutiva para retirar o requisito normativo “razões do gênero feminino” por “razões do sexo feminino” com o objetivo expresso de negar aplicação da lei a tal camada social.

A inclusão do transexual mesmo quando realizada a cirurgia de transgenitalização é tema controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, mas merece atenção devido ao grande número de crimes cometidos por razões de gênero no país.

Para melhor compreensão do tema, procura-se apresentar uma reflexão acerca do requisito normativo trazido expressamente no dispositivo legal que prevê o homicídio qualificado cometido contra a mulher por condições do sexo feminino, pretendendo-se ainda demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana veda a utilização de um critério interpretativo puramente genético, abrindo-se a possibilidade de inclusão dos transexuais como vítimas

Inicia-se o primeiro capítulo com uma análise da repercussão, fundamentos e objetivos da inclusão do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.104 de 09 de março de 2015.

Segue-se, no segundo capítulo, com a explanação dos possíveis critérios interpretativos a serem utilizados na delimitação da vitimologia do homicídio qualificado cometido contra a mulher por razões do sexo feminino, com o objetivo de possibilitar a inclusão do transexual feminino após a realização da neocolpovulvoplastia.

O terceiro capítulo pesquisa a adequação da ampliação da proteção trazida pelo feminicídio com os ditames constitucionais e os princípios fundamentais, pilares do estado democrático de direito brasileiro, buscando discutir a possibilidade de eventual ponderação principiológica que garanta observância dos princípios norteadores do direito penal, mas também alcance o objetivo inicial do legislador quando da confecção da lei que introduziu o tipo penal do feminicídio.

A pesquisa é desenvolvida com base nos métodos indutivo e dedutivo, partindo de proposições realizadas por doutrinadores renomados, tidas como premissas para a análise do objeto do estudo, para, ao longo da dissertação, serem afastadas ou reforçadas por meio do método argumentativo.

Assim, a abordagem desta pesquisa jurídica será qualitativa, priorizando o emprego de bibliografias correlatas que embasem a tese apresentada.

1. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A INTRODUÇÃO DO FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O histórico da violência cometida contra a mulher se confunde com a própria história da humanidade e se traduz em tema que gera densa preocupação em todos os países. Se pode estabelecer como marcos internacionais do aumento da atenção dada aos direitos e proteção à mulher a Carta das Nações Unidas (1945)¹ e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)², tendo ambas trazido em seus textos a igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Baseando-se nos documentos acima citados, a Assembleia Geral da ONU adotou em 1979 a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, parâmetro mínimo a ser observado nas políticas estatais de proteção dos direitos das mulheres. Ressalta-se que a violência contra a mulher pelo fato de ser mulher foi enquadrada pela Recomendação n° 19/92 no conceito de discriminação trazido pelo artigo primeiro da Convenção.

Já no sistema regional americano de proteção aos direitos humanos merece destaque a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará (1994), trazendo uma regulação mais extensa quanto aos direitos, disciplinando, inclusive, o que seria entendido como violência contra a mulher³.

O Brasil ratificou a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 1984, com reservas, e a Convenção de Belém do Pará em 1995, sem, contudo, fazer reservas ou declarações.

No plano interno, os direitos das mulheres têm como marco a Constituição de 1988, que eleva a dignidade da pessoa humana, sem que seja feita distinção entre homens e mulheres, à

¹ [...] Nós, os povos das nações unidas, resolvimos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos [...].

² [...] considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais humanos, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declararam resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla [...].

³ Artigo 1 - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.



fundamento da República Federativa do Brasil, transformando-a em norma de observância obrigatória não apenas pelo legislador, mas também pelos intérpretes do direito.

Assim, com vistas a dar concretude à Carta Magna, bem como às obrigações assumidas por ser signatários dos instrumentos internacionais de proteção à mulher supramencionados, buscando atenuar a negligência estatal em relação às políticas públicas de proteção à mulher, publica-se, em 07 de agosto de 2006, a Lei Maria da Penha, cujo objetivo era servir de instrumento para se coibir a violência contra a mulher no âmbito familiar.

Apesar dos méritos da nova lei no tocante à proteção à mulher, o Brasil, ocupava a sétima posição em 2012 num grupo de 84 países, na contagem de homicídios cometidos contra mulheres, segundo o Mapa de Violência do Brasil de 2012, divulgado pela faculdade latino-americana de ciências sociais – FLACSO-BR⁴.

Naquele ano, foi formada uma comissão parlamentar mista de inquérito com a missão de investigar a situação da violência contra a mulher do Brasil, bem como a postura do poder público em relação à tal tema. Em seu relatório final a comissão trouxe uma proposta de lei⁵, que trazia feminicídio como circunstância qualificadora para o crime de homicídio, culminando na Lei nº 13.104, sancionada em 09 de março de 2015.

O feminicídio é entendido como o homicídio praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, considerando presentes estas condições no âmbito da violência doméstica e familiar e no menosprezo ou discriminação contra a mulher. Esta qualificadora, segundo dispõe Rogerio Sanches, “pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão à mulher. É imprescindível que a conduta do agente esteja motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima.”⁶

Além da alteração realizada no art. 121 do Código Penal, a Lei nº 13.104 também alterou a Lei nº 8072, trazendo a previsão do feminicídio como crime hediondo, o que demonstra a força que se busca conferir à coibição da violência contra a mulher.

Diante do quadro formado pelas inovações legislativas, forma-se o atual sistema de proteção à mulher do ordenamento jurídico pátrio, sendo possível chegar-se a conclusão que

⁴ WAISELFISZ, Júlio Jacobo. Mapa da Violência 2012. *Atualização: Homicídio de Mulheres no Brasil*. Disponível em <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2018.

⁵ No Senado era o Projeto de Lei nº 293/2013 e na Câmara o Projeto de Lei nº 8.305/2014.

⁶ CUNHA, Rogério Sanches. *Lei do Feminicídio: breves comentários*. Disponível em <<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>>. Acesso em: 07 ago. 2018.



que não há apenas instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais das mulheres, mas também instrumentos nacionais.

O objetivo do legislador nas leis supramencionadas é conferir eficácia concreta à princípios fundamentais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, portanto, a interpretação que melhor se alinha a esse objetivo é aquela que permite maior amplitude à malha de garantias que circundam as mulheres.

Seguindo essa linha de pensamento, a 1ª Turma Criminal do TJ/DF ampliou o parâmetro de incidência da Lei Maria da Penha, permitindo que fosse aplicada à um caso no qual uma transexual, antes de qualquer procedimento cirúrgico, foi agredida por seu companheiro.

Neste diapasão, ressalta-se que por mais que o PL nº 8.305/2014 – que deu origem à Lei nº 13.104 – tenha substituído o termo gênero pela expressão condições do sexo feminino, quando de sua tramitação, não é possível que se tome por base uma interpretação capaz de racionar a amplitude de uma norma que também é garantidora de direito, ao ponto de retirar de sua sombra de proteção determinada parcela da sociedade.

O legislador, quando da produção da norma tinha como objetivo final a coibição da prática de homicídios praticados contra mulheres com motivação apenas no menosprezo ou subestimação em relação ao sexo feminino e, assim, garantir não só a dignidade das mulheres em geral, mas também a segurança.

2. O CRITÉRIO ADOTADO PARA A DEFINIÇÃO DO SUJEITO PASSIVO DO FEMINICÍDIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para que se adentre na discussão acerca dos possíveis sujeitos passivos e do requisito normativo do feminicídio se faz necessário um destrinchamento deste tipo penal. Como já dito, o feminicídio é um tipo qualificado de homicídio doloso, para o qual é atribuída uma pena mais severa, qual seja de doze a trinta anos de reclusão.

O seu sujeito ativo é, normalmente, um homem, contudo, trata-se de crime formal, podendo ser cometido por qualquer pessoa. Entretanto, o sujeito passivo só pode ser uma pessoa do sexo feminino.



Além dos sujeitos, o feminicídio traz um requisito normativo, sendo válida a explanação da professora Alice Bianchini⁷ sobre o tema:

[...] para configurar feminicídio, bem se sabe, não basta que a vítima seja mulher. A morte tem que ocorrer por “razões de condição de sexo feminino” que, por sua vez, foram elencadas no § 2º-A do art. 121 do Código Penal como sendo as seguintes: violência doméstica e familiar contra a mulher, menosprezo à condição de mulher e discriminação à condição de mulher [...]

No art. 121, §2º-A do CP⁸ se estabelece que há condições do sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo à condição de mulher.

É cediço que a expressão do projeto de lei inicial era “condições do gênero feminino”, sendo, posteriormente, substituído pela expressão “sexo feminino”. A questão é saber o que é entendido como sexo feminino para fins de aplicação da Lei Penal.

Francisco Dirceu Barros⁹, diz que na doutrina existem três critérios segundo os quais se pode determinar o que se entende por sexo feminino para caracterização do feminicídio, sendo eles: o biológico; o psicológico; e o jurídico cível.

Segundo o critério psicológico, seria pessoa do sexo feminino aquela que se enxerga, dentro do seu íntimo, do seu psiquismo, como mulher; é o sexo ao qual a pessoa acredita pertencer. Já o critério jurídico cível interpreta o sexo de acordo com o que consta no registro civil da pessoa em questão. Sobre o critério biológico, Francisco Dirceu Barros¹⁰ expõe:

[...] o critério biológico identifica homem ou mulher pelo sexo morfológico, sexo genético e sexo endócrino: a) sexo morfológico ou somático resulta da soma das características genitais (órgão genitais externos, pênis e vagina, e órgãos genitais internos, testículos e ovários) e extragenitais somáticas (caracteres secundários – desenvolvimento de mamas, dos pelos pubianos, timbre de voz, etc.); b) sexo genético ou cromossômico é responsável pela determinação do sexo do indivíduo através dos genes ou pares de cromossomos sexuais (XY – masculino e XX - feminino) e; c) sexo endócrino é identificado nas glândulas sexuais, testículos e ovários, que produzem hormônios sexuais (testosterona e progesterona) responsáveis em conceder à pessoa atributos masculino ou feminino [...]

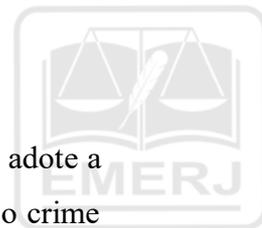
Atualmente, o critério que prevalece é o critério biológico, pois é entendido como o que melhor atende o objetivo do legislador quando efetuou a alteração na redação original dos projetos de leis que culminaram na Lei nº13.104/15. Comunga para a adoção desse critério o

⁷ BIANCHINI, Alice. *A qualificadora do feminicídio é objetiva ou subjetiva?* Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/femicidio.pdf>>. Acesso em 18 set. 2018.

⁸ BRASIL, *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁹ BARROS, Francisco Dirceu. *Femicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais*. Disponível em: <<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/femicidio-o-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁰ BARROS apud DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 4 ed. Rev. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 232.



princípio processual penal que veda a analogia *in malam partem*, fazendo com que se adote a interpretação mais restritiva no tocante à responsabilização penal daquele que comete o crime de feminicídio.

Contudo, se pode chegar à conclusão de que, com os atuais avanços e mudanças dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, há a possibilidade de enquadramento dos transexuais como mulheres pela adoção do critério psicológico, uma vez que basta que se sintam como mulheres.

Também é possível o enquadramento dos transexuais como mulher pela adoção do critério jurídico cível, pois, segundo entendimento do STF, nem mesmo a cirurgia de adequação do sexo é mais exigida para que seja possível a alteração do nome no registro civil, uma vez que o direito de se autodeterminar é desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, vale a transcrição de parte do voto do Ministro do STF, Celso de Melo¹¹, no julgamento conjunto da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275 e de recurso extraordinário (RE) nº 670.422:

[...] o Estado não pode limitar, restringir, excluir, obstar ou embaraçar o exercício, por qualquer pessoa, de seus direitos à identidade de gênero, pois esse direito fundamental – decorrente do postulado constitucional consagrador da dignidade da pessoa humana – integra o complexo mínimo que se encerra no âmbito dos direitos da personalidade, a significar que o direito à autodeterminação sexual justifica e confere legitimidade à adequação da identidade da pessoa, segundo a percepção por ela própria revelada e assumida, ao conteúdo dos assentamentos registraes, que poderão ser alterados para assegurar o nome social do transgênero, independentemente da prévia realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização, mesmo porque não é a cirurgia que atribui à pessoa a condição de transgênero[...]

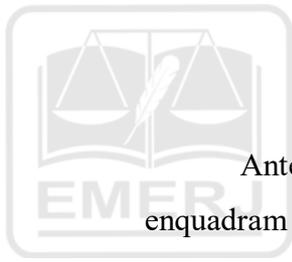
Já no que concerne ao critério biológico, é preciso fazer uma diferenciação entre os transexuais que não se submeteram a nenhum procedimento cirúrgico e aqueles que se submeteram à cirurgia de neocolpovulvoplastia, que permite à adequação ao sexo feminino.

Acerca de cirurgia de adequação de sexo a professora Cleide Aparecida Nepomuceno¹² traz importante definição:

[...] ela permite a mudança do aparelho sexual importando apenas em alterações estéticas e não genéticas. A neocolpovulvoplastia é a mudança da genitália masculina para feminina; consiste, basicamente, em duas etapas: na primeira o pênis é amputado e são retirados os testículos do paciente e, em seguida faz-se uma cavidade vaginal; a segunda etapa é marcada pela constituição plástica: com a pele do saco escrotal são formados os lábios vaginais [...]

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.275*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>>. acesso em: 18 set. 2018.

¹² NEPOMUCENO, Cleide Aparecida. *Transsexualidade e o direito a ser feliz como condição de uma vida digna*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9896>. Acesso em: 13 set. 2018.



Antes de procederem a qualquer procedimento cirúrgico, os transexuais não se enquadram em nenhum dos subcritérios para definição de sexo feminino inseridos no critério biológico. Contudo, após a realização da neocolpovulvoplastia, os transexuais passam a se enquadrar como pessoas do sexo feminino ainda que seja adotado o critério biológico, pois possuirão os órgãos genitais externos, as características extragenitais somáticas, bem como terão uma grande alteração hormonal, passando a atender, ainda que parcialmente, aos subcritérios do sexo morfológico e do sexo endócrino.

Assim, a cirurgia da neocolpovulvoplastia, ou seja, a cirurgia de adequação ao sexo feminino é o fator crucial que permite a proteção dos transexuais, fazendo incidir a qualificadora do feminicídio quando forem vítimas de homicídios praticados unicamente por condições do sexo feminino.

3. OS PRINCÍPIOS LEGALIDADE, TAXATIVIDADE, IN DUBIO PRO REO E A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA COMO ÓBICES PARA A INCLUSÃO DO TRANSEXUAL COMO SUJEITO PASSIVO DO FEMINICÍDIO

Em matéria penal, não pode haver crime sem que exista, previamente, uma lei que defina determinada conduta como tal. Essa afirmação pode ser feita devido ao princípio da legalidade, derivado da fórmula latina *nullo crimen, nulla poena sine lege*, e previsto expressamente tanto no art. 5º, XXXIX da CRFB¹³ e no art. 1º do CP¹⁴.

Segundo Damásio de Jesus¹⁵, “para que haja crime, é preciso de uma lei anterior que a defina. Somente quando um fato se ajusta a um modelo legal de crime é que o Estado adquire o direito concreto de punir”. Assim, percebe-se que a legalidade é um princípio constitucional que, ao mesmo tempo, limita a atuação do poder punitivo do Estado e confere segurança jurídica para a sociedade, pois quando se encontram elencadas as condutas vedadas há o conhecimento acerca das consequências de realizá-las.

Sobre a Legalidade, Juarez Cirino¹⁶ citando Roxin, dispõe que:

[...] o princípio da legalidade é o meio importante instrumento constitucional de proteção individual no Estado Democrático de Direito porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravamento da pena de fato anterior, (c) a analogia como fundamento ou agravamento de crimes e penas, e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais [...].

¹³ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁴ BRASIL, op. cit. nota 8.

¹⁵ JESUS, Damásio. *Direito Penal*: parte geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 11.

¹⁶ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*: parte geral. 6. ed. Paraná: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 20.



Do princípio da legalidade surgem diversos outros princípios, dentre eles o princípio da taxatividade (*nullo crime sine lege certa*), que, segundo Nucci¹⁷, “tem a finalidade de aclarar o objetivo de cada figura criminosa, permitindo a exata captação do sentido dos modelos. Com isso, estabelece-se a relação de confiança entre o Estado e o indivíduo”.

Verifica-se, então, que o princípio da taxatividade rege a necessidade de um mandato de certeza, ou seja, este princípio coíbe a produção de leis vagas, indeterminadas ou imprecisas. Contudo, além da diretriz no que concerne à produção legislativa pelo princípio da taxatividade, deriva também do princípio da legalidade a vedação da analogia *in malam partem*, uma vez que, como bem leciona Guilherme Nucci¹⁸, “a razão de ser da legalidade – aliás, desde a sua expressa evidência na Magna Carta de 1215 – é a construção de um escudo protetor contra os eventuais abusos e excessos do Estado.”

Neste diapasão, o tipo de analogia permitida no âmbito penal é a *in bonam partem*, ou seja, a favor do réu, que, conforme Greco¹⁹ “além de ser perfeitamente viável, é muitas vezes necessária para que ao interpretarmos a Lei Penal não cheguemos a soluções absurdas”.

No que concerne à atual interpretação dada ao requisito normativo do feminicídio, ao lado dos princípios acima citados, caminha o princípio do *in dubio pro reo*, importado do campo processual penal.

O *in dubio pro reo* rege a necessidade de se conferir a interpretação que for mais favorável ao réu. Desse modo, segundo Zaffaroni²⁰, “no âmbito penal, o princípio nos obrigaria a uma interpretação sempre restritiva da punibilidade”.

A integração destes três princípios, legalidade, taxatividade e *in dubio pro reo*, faz que com que a atual interpretação dada ao termo “sexo feminino” presente no inciso V do §2º do art. 121 do Código Penal²¹ seja gramatical e restritiva.

A interpretação gramatical é aquela na qual se entende pelo sentido literal da palavra ou expressão escrita, já a interpretação restritiva é aquela na qual se utiliza o sentido literal das

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 227

¹⁸ *Ibid.* p. 107.

¹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 18. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 94.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 164.

²¹ BRASIL, op. cit. nota 8.



expressões para restringir o alcance da norma penal, conferindo o sentido mais favorável em relação ao réu no campo do direito penal material.

Nesse sentido, o ordenamento vem adotando não o critério biológico, mas sim o subcritério do sexo genético, que determina que o sexo feminino é aquele determinado pelo par cromossômico sexual XX.

Verifica-se, então, que atualmente os transexuais, ainda que após a realização da neocolpovulvoplastia, não podem ser entendidos como sujeito passivo do crime de feminicídio, pois não cumprem o requisito estabelecido pelo critério do sexo genético, estabelecendo-se assim um parâmetro interpretativo restritivo.

É cediço que em matéria de direito penal o método mais conhecido e utilizado para a interpretação é o dogmático, sobre o qual se faz relevante o conceito dado por Zaffaroni²²:

Traduzindo de forma mais sintética, o método dogmático consiste numa análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação “dogmática”, devida à Jhering, tem um sentido metafórico, porque o interprete não pode alterar elementos, devendo respeitá-los como “dogmas”, tal como lhe são revelados pelo legislador, o que um princípio básico que deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o interprete não pode alterar o conteúdo da lei.

No entanto, não se pode fechar os olhos para as alterações na sociedade e ater-se apenas ao que está escrito. A inclusão dos transexuais como vítimas do feminicídio, após a cirurgia de neocolpovulvoplastia não altera o conteúdo na norma, mas apenas amplia seu alcance, atendendo as mudanças sociais e também à interpretação própria do direito penal.

Não se pretende aqui desprezar o método dogmático, muito pelo contrário, o que se pretende é usá-lo de maneira adequada. Nesse sentido o próprio Zaffaroni²³ explica que:

[...] o jurista comporta-se como o físico: deve tomar os dados, analisa-los, estabelecer as semelhanças e diferenças e reduzir o material com que opera a um conceito único, em que cada unidades ou dogmas, encontra o seu lugar e a sua explicação. Cumprida essa tarefa, deve formular uma hipótese, a fim de averiguar se essa teoria funciona de conformidade com a totalidade do texto legal, isto é, se não há elementos que se encontram sem explicação, ou seja, se alguma parte do todo se contradiz.

Neste sentido, a interpretação que leva em conta não só o aspecto restritivo trazido pelos princípios do direito penal, mas também o aspecto ampliativo dos direitos e garantias

²² ZAFFARONI, op. cit. p. 156.

²³ Ibid. p. 157.

fundamentais se mostra mais apta a não ensejar contradição e, principalmente, dar maior efetividade jurídica à norma.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito referente à possibilidade de inclusão do transexual como vítima do feminicídio. O embate materializa-se pelo confronto aparente entre a interpretação restritiva, desdobramento dos princípios da legalidade e do *in dubio pro reo*, e dignidade da pessoa humana, que se materializaria pela inclusão de determinado grupo social na sombra da proteção ofertada pela norma penal.

Foi demonstrado que a violência contra as mulheres é um problema que assombra a sociedade, sendo alvo de diversas ações e diplomas legais, cujo objetivo era coibir esse tipo de violência, assim criou-se a figura típica do feminicídio.

Contudo, quando se fala na inclusão do transexual como sujeito passivo do crime de feminicídio há, de um lado, aqueles que adotam cegamente o subcritério genético ou cromossômico, fazendo uma interpretação restritiva, considerando como do sexo feminino somente aquelas pessoas que possuem o par cromossômico XX.

Em total posição à interpretação majoritária, há quem defenda a adoção do critério psicológico, considerando do sexo feminino as pessoas que se sentem mulher, aqueles cuja a autopercepção aponta no sentido de integrarem o sexo feminino, o que possibilitaria a inclusão de os transexuais que se sentem mulheres como vítimas do feminicídio.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no desenvolvimento da pesquisa chegou-se à conclusão que a cirurgia de redesignação sexual, ou seja, a neocolpovulvoplastia seria o marco para que fosse possível a inclusão dos transexuais como sujeitos passivos do crime de feminicídio.

O entendimento que chegou essa pesquisadora consubstancia-se na ideia de que é preciso que seja dada uma interpretação restritiva no direito penal para que não sejam feitas analogias que prejudiquem os réus e que ofendam o princípio da legalidade, contudo a Lei Penal deve também ser interpretada de acordo com a ideologia trazida não só pela Constituição, mas também pelo legislador no momento de produção da norma e pela sociedade.



Frente a um conjunto de disposições legais, o intérprete da lei deve analisar não só o que está escrito, fazendo uma interpretação gramatical, mas sim considerar o fim almejado pela norma.

O feminicídio foi criado para proteger a mulher e coibir a violência praticada contra ela. Assim, trata-se de uma norma que garante direitos, ou seja, veio para garantir a segurança e, indiretamente a dignidade humana das mulheres em geral.

Partindo dessa ideia, pode se verificar que a interpretação totalmente restritiva se ajusta apenas com a noção geral do direito penal que não se deve interpretar a lei de maneira prejudicial ao réu, mas não condiz com a intenção inicial uma vez que retira amplitude da proteção dada pela norma, proibindo que abarque os transexuais.

Neste diapasão, a cirurgia de neocolpovulvoplastia permite que seja dada uma interpretação restritiva, com adoção do critério biológico, uma vez que com a sua realização o transexual passa a atender um de seus subcritérios, qual seja, o do sexo morfológico ou somático, mas também possibilita uma ampliação do espectro de proteção dada pelo tipo penal.

No que diz respeito à tendência de ampliação da proteção conferida aos transexuais, essa ampliação estaria de acordo com os atuais entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, uma vez que entende-se que não há mais necessidade de realização de cirurgia para a alteração com inclusão do nome social do transexual no registro civil, bem como a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) para casais homossexuais, bem como em relação à vítimas transexuais.

Essa pesquisa pretende sustentar, portanto, a possibilidade de inclusão do transexual como sujeito passivo do feminicídio, que, ao atender a maioria dos possíveis critérios adotados para definição do que seria pessoa do sexo feminino, se mostra abarcado pelo requisito normativo das condições do sexo feminino constante do tipo penal.

Ficou evidente, por essas razões que a proposta da autora consiste na tese de que a inclusão do transexual como sujeito passivo do crime de feminicídio não só garante o respeito aos princípios da legalidade, *in dubio pro reo*, dignidade da pessoa humana, entre outros, como também se alinha a vontade inicial do legislador quando da produção da legislação que deu origem a inclusão da figura do feminicídio, uma vez que constava do projeto de lei a expressão condições do gênero feminino.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. *Feminicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais*. Disponível em: <<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-Penais>>. Acesso em: 18 set. 2018.

BIANCHINI, Alice. *A qualificadora do feminicídio é objetiva ou subjetiva?* Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/feminicidio.pdf> >. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.275*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf> >. Acesso em: 18 set. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei do Feminicídio: breves comentários*. Disponível em <<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-brevs-comentarios>>. Acesso em: 17 set. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 4 ed. Rev. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 232.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Paraná: ICPC Cursos e Edições, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 18. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio. *Direito Penal: parte geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEPOMUCENO, Cleide Aparecida. *Transexualidade e o direito a ser feliz como condição de uma vida digna*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9896>. Acesso em: 13 set. 2018.

WASELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da Violência 2012*. Atualização: Homicídio de Mulheres no Brasil. Disponível em <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.



ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O CRIME DE ESTUPRO CONTRA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL À LUZ DA ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.718/18

Beatriz Sartori Vieira Carvalho Leme

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais. Advogada.

Resumo – a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência asseguram às pessoas com deficiência o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. A alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.718/18 no crime de estupro de vulnerável gerou um verdadeiro conflito quanto ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência. A essência do trabalho é apontar a proteção conferida às pessoas com deficiência, verificar o conceito, a terminologia e os direitos sexuais e reprodutivos e abordar o conflito provocado pela Lei nº 13.718/18.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Lei nº 13.718/18. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Estupro de vulnerável.

Sumário – Introdução. 1. Considerações sobre a evolução da proteção conferida às pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Conceito, terminologia e direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência. 3. A alteração trazida pela Lei nº 13.718/18 ao consentimento da pessoa com deficiência mental no crime de estupro de vulnerável. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute sobre a alteração trazida pela Lei nº 13.718/18 ao consentimento da pessoa com deficiência mental no crime de estupro de vulnerável. Procura-se demonstrar que a inclusão do parágrafo 5º ao artigo 217-A do Código Penal pela Lei nº 13.718/18, prevendo que a caracterização do crime de estupro de vulnerável independe do consentimento da pessoa com deficiência mental, gerou um conflito com a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, inclusive para exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, que são assegurados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Para tanto, é apresentada a evolução da proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro às pessoas com deficiência, abordando o cenário protetivo desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passando pela



influência da proteção internacional das pessoas com deficiência, até a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Diante da constitucionalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e das recomendações feitas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi editado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual alterou o regime da capacidade civil para assegurar a plena capacidade civil da pessoa com deficiência.

Apesar de o Estatuto da Pessoa com Deficiência prever que a pessoa com deficiência tem garantido o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, a Lei nº 13.718, de 2018, passou a dispor que o estupro de vulnerável fica caracterizado independentemente do consentimento da vítima. Essa situação favorece a seguinte reflexão: há um conflito real entre os dois diplomas legais?

O tema merece atenção, uma vez que as pessoas com deficiência têm proteção especial pelo ordenamento jurídico brasileiro e há o compromisso social de promover a inclusão desse grupo na sociedade em igualdade de condições com os demais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a evolução da proteção conferida às pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

Segue-se abordando, no segundo capítulo, o conceito de pessoa com deficiência, a terminologia adotada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e a garantia ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência.

O terceiro capítulo pesquisa a capacidade de consentimento da pessoa com deficiência mental diante da garantia do exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. Procura-se explicitar as alterações legislativas quanto ao crime de estupro de vulnerável, para abordar a previsão do parágrafo 5º do artigo 217-A do Código Penal, que gerou um conflito com a plena capacidade civil assegurada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

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. CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO CONFERIDA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O capítulo inicial tem como objetivo apresentar a evolução da proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro às pessoas com deficiência a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹ até a instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O tratamento que as pessoas com deficiência recebem pelo ordenamento jurídico brasileiro é proveniente do contexto em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada e pela evolução histórica da proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

A Constituição da República de 1988 foi promulgada num período de transição entre o regime autoritário para o democrático, no qual houve o anseio da população pela valorização da dignidade humana e adoção do sistema de direitos fundamentais como forma de limitar a atuação do Estado.

A busca pela proteção da dignidade humana já se dava no plano internacional desde o fim da Segunda Guerra Mundial, mas no Brasil só com a instituição do Estado Democrático de Direito que passou a ser um mandamento nuclear do ordenamento jurídico.

Assim, com a redemocratização veio a preocupação com a democracia e com a construção de uma sociedade mais inclusiva, de modo que foram instituídas normas voltadas à proteção das pessoas em situação de maior vulnerabilidade².

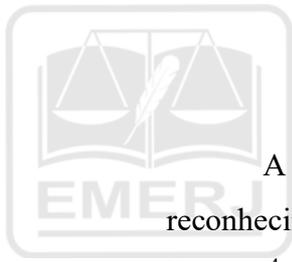
Para a construção dessa sociedade, o texto constitucional se preocupou com a proteção dos direitos fundamentais, os quais visam a garantir a existência, autonomia, inclusão e igualdade de todas as pessoas, principalmente das minorias.

O legislador constituinte se preocupou em atribuir aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais para que se confira a maior eficácia possível a eles, tornando-os reais e efetivos, de modo que o artigo 5º, §2º, da CRFB/88³ prevê uma norma geral inclusiva, admitindo expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo do Título II.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 172.

³ BRASIL. op. cit. nota 1.



A abertura do catálogo constitucional de direitos fundamentais permite o reconhecimento de outros direitos, mas desde que estejam ligados ao valor da dignidade humana⁴, inclusive em tratados internacionais ratificados pelo Brasil e que sejam incorporados ao ordenamento jurídico.

Então, além de adotar um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, o constituinte de 1988 reconheceu o princípio da prevalência dos direitos humanos, que deve nortear o país nas relações internacionais, sendo o motivo pelo qual faz parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No ano de 1992, o Brasil incorporou ao ordenamento jurídico o Pacto de San José da Costa Rica com status de lei ordinária federal, por ter observado o procedimento comum de incorporação de tratados que versassem ou não sobre direitos humanos previsto no artigo 49, I, da CRFB/88⁵.

Com o objetivo de adequar o sistema brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, inseriu ao artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o parágrafo 3º⁶, prevendo que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados nas duas casas legislativas, em dois turnos, por três quintos dos votos, devem receber status de emenda constitucional.

O Pacto de San José da Costa Rica, quando aderido pelo Brasil, já previa a criação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no entanto só no ano de 1998 que o país aderiu ao papel jurisdicional da Corte⁷, a qual tem como um dos objetivos a aplicação de repreensão internacional pela incapacidade ou falta de vontade política dos Estados-Membros na preservação dos direitos humanos.

A primeira sentença internacional em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi no caso de Damião Ximenes Lopes, tendo em vista a violação de direitos previstos no Pacto de San José da Costa Rica, como o direito à vida e à integridade física.

Damião Ximenes era uma pessoa com deficiência mental que foi internado na Casa de Repouso Guararapes em Sobral, no Ceará, pela sua família. Sua mãe foi visitá-

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 293.

⁵ BRASIL. op. cit. nota 1.

⁶ Ibidem.

⁷ Idem. *Decreto Legislativo nº 89*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 21 out. 2018.



lo três dias após a internação e o encontrou com as mãos amarradas, muito machucado e agonizando, e, mesmo pedindo ajuda para o responsável pela instituição psiquiátrica, nada foi feito. No mesmo dia Damião veio a falecer em decorrência das lesões traumáticas ocorridas dentro da casa de repouso.

Diante da demora de um mês para a instauração do inquérito policial e de três anos para o Ministério Público do Estado do Ceará aditar a denúncia, a Corte reconheceu que houve uma omissão injustificada que permitiria que o caso fosse julgado por ela.

Em 2006, o Brasil foi condenado a pagar indenização por danos morais e materiais à família de Damião Ximenes, e na sentença a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸ dispôs que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito.

Logo, a partir da condenação da Corte pela violação de direitos humanos no caso de Damião Ximenes e da recomendação da adoção de medidas positivas, o Brasil passou a defender com maior respeito e efetividade os direitos das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, em 2007, o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva assinou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, e estes foram promulgados pelo Brasil sob a forma do Decreto nº 6.949⁹, de 25 de agosto de 2009, observando o procedimento solene previsto na CRFB/88.

Assim, o Decreto nº 6.949/09 constitucionalizou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de forma que foi a primeira convenção internalizada no Brasil com status de emenda constitucional.

Então, o texto constitucional passou a garantir mais direitos à pessoa com deficiência, e para harmonizar a legislação infraconstitucional com a Constituição foi editado o Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁰, com o objetivo de assegurar e promover o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência.

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANO. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁹ BRASIL. *Decreto nº 6.949*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

¹⁰ Idem. *Lei nº 13.146*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.



2. CONCEITO, TERMINOLOGIA E DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O constituinte originário, apesar de ter previsto direitos das pessoas com deficiência, não se preocupou em definir quem seriam essas pessoas.

Apenas com a internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com equivalência de emenda constitucional foi que um conceito de pessoa com deficiência foi constitucionalmente adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, vigorava o modelo médico da deficiência, no qual a deficiência era vista como um caso médico a ser tratado e que se pautava num aspecto clínico e assistencialista, perpetuando a exclusão desse grupo vulnerável.

Logo, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹¹ trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma mudança de concepção quanto ao modelo de deficiência adotado, introduzindo um novo conceito, aberto e social de pessoas com deficiência¹², prevendo no seu artigo 1º que:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Esse conceito apresenta um modelo social da deficiência, que tem como base os direitos humanos e enfoca na cidadania da pessoa com deficiência, considerando-a como sujeito de direitos¹³, assim como qualquer outro.

No mesmo sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência conceitua pessoa com deficiência em seu artigo 2º como “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”¹⁴ e dispõe que a avaliação da deficiência será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

¹¹ Idem. op. cit. nota 9.

¹² Ibidem.

¹³ PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

¹⁴ BRASIL. op. cit. nota 10.

Desse modo, é possível constatar que o conceito previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência segue o mesmo enfoque que o trazido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sendo praticamente igual a este.

Diante dessa mudança de concepção, é visível que a terminologia utilizada para se referir às pessoas com deficiência também mudou.

Importante ressaltar que as terminologias adotadas ao longo dos anos não possuíam um caráter pejorativo a que hoje podem ser associadas, apenas refletiam o momento histórico de concepção da deficiência e a forma de proteção conferida ao grupo.

Nesse sentido, o Código Penal¹⁵, por ser de 1940, utilizou no seu artigo 224, que foi revogado em 2009, a expressão “débil mental” para se referir à pessoa com deficiência, correspondendo aos conceitos de sua época.

Já a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência adotaram a terminologia “pessoas com deficiência”, de modo que sobrepõe a pessoa à sua característica, valorizando e conferindo dignidade a esse grupo de vulneráveis.

Com o objetivo de adequar o ordenamento jurídico às diretrizes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁶, já que esta prevê no seu artigo 12 que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”¹⁷, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o regime da capacidade civil.

Foram revogados todos os incisos do artigo 3º do Código Civil de 2002¹⁸, de modo que Flávio Tartuce afirma que “todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade”¹⁹.

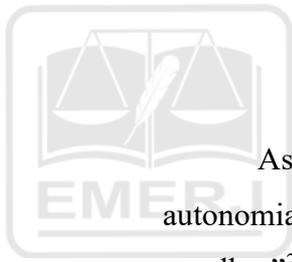
¹⁵ Idem. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

¹⁶ FIGUEIREDO, Ana Cláudia Mendes; GONZAGA, Eugênia Augusta. Pessoas com deficiência e seu direito fundamental à capacidade civil. In: GONZAGA, Eugênia Augusta; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. *Ministério público, sociedade e a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência*. Brasília: ESPMU, 2018, p. 85.

¹⁷ BRASIL. op. cit. nota 9.

¹⁸ Idem. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. *Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 22 out. 2018.



Assim, “reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas”²⁰, foi conferida a capacidade civil plena às pessoas com deficiência, de modo que todas as pessoas com deficiência são capazes para todos os atos da vida civil, podendo exercer seus direitos, ainda que necessitem de apoio para suas decisões ou de curatela.

Um dos direitos garantidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, com base na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é o direito à sexualidade, como o disposto no artigo 8º do Estatuto.

O artigo 6º, II, do Estatuto, prevê que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos.

Nesse sentido, os autores Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto²¹ sustentam que:

No que se refere aos direitos sexuais, ressalta-se é direito do deficiente escolher livremente seus parceiros, respeitada, inclusive, sua orientação sexual (v. art. 18, inc. VI, abaixo), desfazendo-se, de vez, o mito de que o deficiente se trata de pessoa assexuada, que não conta com as necessidades inerentes a todo e qualquer ser humano.

Desse modo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência preserva a vontade da pessoa com deficiência no que se refere aos seus direitos sexuais e reprodutivos, garantindo ampla autonomia a ela.

Até mesmo no caso da curatela, o legislador conferiu à pessoa com deficiência proteção quanto à sua autodeterminação, pois dispôs que esta não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio e à privacidade, afetando somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Diante dos princípios constitucionais da dignidade humana e da liberdade de autodeterminação, os atos relativos à sexualidade podem ser praticados independentemente da representação ou assistência.

Logo, em regra, as pessoas com deficiência têm sua autonomia para a prática de atos de natureza existencial preservada, relacionados aos direitos da personalidade, como é o caso dos direitos sexuais e reprodutivos.

²⁰ BRASIL. op. cit. nota 9.

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 44.



Deve, então, ser reconhecida a autonomia e a liberdade de escolha às pessoas com deficiência, ainda que a deficiência seja mental, pois são detentoras de capacidade decisória para dar ou não seu consentimento em atos de natureza sexual.

3. A ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.718/18 AO CONSENTIMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável é previsto no artigo 217-A do Código Penal, que foi incluído pela Lei nº 12.015, de 2009. Antes dessa lei, o ato era configurado como estupro ou atentado violento ao pudor, que eram previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, praticado mediante violência presumida, que era prevista no artigo 224 do Código Penal.

Rogério Sanches Cunha²² ensina que:

Antes da Lei nº 12.015/2009 o ato sexual com pessoa vulnerável configurava, a depender do caso, estupro (art. 213) ou atentado violento ao pudor (art. 214), mesmo que praticados sem violência física ou moral, pois presumido (de forma absoluta de acordo com a maioria) no art. 224 do CP. Este dispositivo (art. 224) agora está expressamente revogado, subsumindo-se a conduta ao disposto no art. 217-A do CP.

Então, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/09, o artigo 224 do Código Penal considerava presumidamente violenta a conjunção carnal ou o ato libidinoso praticado com pessoa não maior de catorze anos; pessoa “alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância”; pessoa que não pode por qualquer outra causa oferecer resistência.

Assim, a redação original do Código Penal tratava dos vulneráveis no mesmo dispositivo, de modo que no caso da pessoa com deficiência, a legislação não exigia sua falta de discernimento para a configuração do crime.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/09, os artigos 213, 214 e 224 do Código Penal foram revogados e foi incluído o artigo 217-A²³, que dispõe:

²² CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 448.

²³ BRASIL. op. cit. nota 15.



Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Desse modo, houve a separação dos sujeitos passivos no tipo penal, passando a ser prevista a vulnerabilidade do menor de catorze anos no caput do artigo e no parágrafo primeiro a vulnerabilidade daqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Quanto aos menores de catorze anos, o entendimento é o de presunção absoluta da vulnerabilidade, de modo que foi editado o enunciado da Súmula nº 593 do STJ²⁴ dispondo que para a caracterização do estupro de vulnerável da vítima menor de catorze anos é irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Já, quanto à pessoa com deficiência mental que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, Rogério Greco²⁵ ensina:

Além do critério biológico (enfermidade ou deficiência mental), para que a vítima seja considerada como pessoa vulnerável, não poderá ter o necessário discernimento para prática do ato (critério psicológico), tal como ocorre em relação aos imputáveis, previstos pelo art. 26, caput, do Código Penal.

É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido.

Logo, pela redação do artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, não há presunção absoluta da situação de vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental, de modo que seria imprescindível que o discernimento da pessoa com deficiência mental fosse avaliado concretamente, não havendo proibição para a prática do ato se a pessoa tivesse entendimento do ato sexual e capacidade de autodeterminação.

Contudo, a Lei nº 13.718²⁶, de 2018 acrescentou o parágrafo 5º ao artigo 217-A do Código Penal, dispondo que: “As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste

²⁴ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 593*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

²⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial* – v. III. Niterói: Impetus, 2015, p. 544.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 13.718*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.



artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”.

A inclusão do parágrafo 5º ao artigo 217-A do Código Penal ao prever a irrelevância do consentimento da pessoa com deficiência mental para a caracterização do crime de estupro de vulnerável causou um verdadeiro conflito com o direito à sexualidade assegurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos, enquanto o artigo 217-A, § 5º, do Código Penal passou a prever que a caracterização do crime de estupro de vulnerável independe do consentimento da pessoa com deficiência mental.

Antes mesmo dessa alteração, Cezar Roberto Bitencourt²⁷ já entendia que havia um tratamento discriminatório dado pelo legislador à pessoa com deficiência mental, entendendo que:

Da forma como foram tratados pelo legislador, neste Título VI da Parte Especial do Código Penal, que disciplina os crimes contra a dignidade sexual, mais uma vez, o legislador violou a própria dignidade de pessoas diferenciadas, tratando-as indignamente, ao ignorar seus direitos à sexualidade, e, especialmente, ao seu livre exercício, que também é assegurado constitucionalmente; desconheceu que elas, como seres humanos, são portadoras de aspirações e sentimentos próprios de seres dessa natureza, que buscam, dentro de suas limitações, levar uma vida dentro da normalidade possível.

A garantia do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da pessoa com deficiência é assegurada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que foi editado em decorrência da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com *status* constitucional.

Desse modo, diante da previsão do artigo 217-A, § 5º, do Código Penal incluído pela Lei nº 13.718, Rogério Sanches Cunha²⁸ assegura que deve ser feita “interpretação sistemática para compatibilizar os sistemas de proteção penal e de tutela de direitos relativos à liberdade individual”.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 4: parte especial (arts. 213 a 311-A): crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 109.

²⁸ CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.718/18: Introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/09/140afc83-crimes-sexuais-lei-13718-18.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018.



Portanto, no caso de pessoa com deficiência mental que possui capacidade para consentir, seus direitos sexuais e reprodutivos devem ser assegurados, não caracterizando o estupro de vulnerável.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, que a inclusão do parágrafo 5º ao artigo 217-A do Código Penal causou um conflito entre o Código Penal e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

As pessoas com deficiência mental são sujeitos de direito, particularmente, dos direitos fundamentais que recebem tratamento destacado no Estatuto da Pessoa com Deficiência e na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O legislador infraconstitucional não pode tolher a pessoa com deficiência mental que deseja exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, já que se trata de pessoa com capacidade plena.

Então, a previsão de que o crime de estupro de vulnerável se caracteriza independentemente do consentimento da pessoa com deficiência mental, incluída pela Lei nº 13.718, é contrária à capacidade para exercer seus direitos sexuais e reprodutivos.

Diante desse conflito, deve haver a compatibilização entre os dois diplomas legais, para que não seja considerado como irrelevante o consentimento da pessoa com deficiência mental a ponto de se caracterizar o crime de estupro de vulnerável na situação em que a pessoa tem o necessário discernimento para consentir com a prática do ato sexual.

Como o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi editado em decorrência da imprescindibilidade do cumprimento do disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, este se sobrepõe ao disposto na Lei nº 13.718, devendo ser apurado no caso concreto se a deficiência mental causa ou não a falta de discernimento para consentir.

Restou demonstrado no presente trabalho que deve prevalecer a capacidade civil plena da pessoa com deficiência mental que tem discernimento para consentir com a prática do ato sexual.

Diante da constatação mencionada, deve-se garantir, de forma ampla e razoável, que a pessoa com deficiência mental tenha assegurado o exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos.

Desse modo, o crime de estupro de vulnerável não se caracteriza quando a pessoa com deficiência mental possui capacidade para consentir.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para a efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988: a necessária implementação dos princípios constitucionais*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/idoso-pessoa-com-deficiencia-crianca-e-adolescente-a-protecao-das-pessoas-com-deficiencia-na-cf-de-88-a-necessaria-implementacao-dos-principios-constitucionais>>. Acesso em: 19 set. 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 22, n. 86, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 4: parte especial (arts. 213 a 311-A): crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. *Decreto nº 3.298*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Decreto nº 6.949*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.



_____. *Emenda Constitucional nº 12*, de 17 de outubro de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/Emendas/Emc_antecedente1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Lei nº 7.853*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7853.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Lei nº 13.146*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018. BRASIL.

_____. *Lei nº 13.718*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 593*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466343*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.718/18: Introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/09/140afc83-crimes-sexuais-lei-13718-18.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. *Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361)*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 448.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

FIGUEIREDO, Ana Cláudia Mendes; GONZAGA, Eugênia Augusta. Pessoas com deficiência e seu direito fundamental à capacidade civil. In: GONZAGA, Eugênia Augusta; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. *Ministério público, sociedade e a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência*. Brasília: ESPMU, 2018.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, v. 72, n. 3, p. 263-270, mar. 2008.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional da pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA, Tiago Henrique. *Modelo Social da Deficiência: uma ferramenta sociológica para a emancipação social*. Disponível em: <<http://www4.pucsp.br/neils/revista/vol%2031/tiago-henrique-franca.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3. Niterói: Impetus, 2015.

MAIA, Maurício. *Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso*. Disponível em: <<http://www4.pucsp.br/neils/revista/vol%2031/tiago-henrique-franca.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

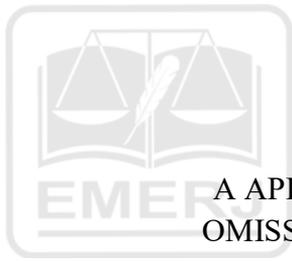
PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUARESMA, Regina. A pessoa Portadora de Necessidades Especiais e sua Inclusão Social. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 22 out. 2018.



A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE OMISSÃO INTENCIONAL DA IDENTIDADE DO GENITOR PELA GENITORA

Beatriz Walcher Silva Montorsi

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

Resumo — o presente artigo analisa a responsabilidade civil em razão da ocultação intencional da identidade do genitor, questão ainda não abordada pelo Judiciário brasileiro. Diante do princípio da afetividade, do melhor interesse do menor, da convivência familiar e da solidariedade familiar e tendo em vista o direito ao conhecimento da origem genética, a não revelação do nome do pai e os danos dele decorrentes não podem estar ao desamparo do ordenamento jurídico pátrio. Verifica-se que, embora não haja posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema, a questão é recorrente e extremamente relevante e, portanto, merece maior atenção.

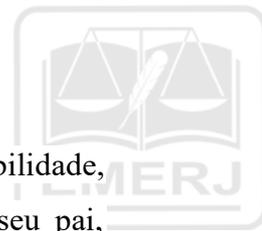
Palavras-chave — Direito de Família. Ocultação da identidade do genitor. Teoria da perda de uma chance.

Sumário: Introdução. 1. A ocultação intencional da identidade do genitor pela genitora e a ausência de regulação legal do tema. 2. O direito à origem genética *versus* direito à intimidade da genitora: um conflito entre direitos fundamentais. 3. A aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de ocultação intencional da identidade do genitor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica destina-se à análise da possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de ocultação intencional da identidade do genitor pela genitora. Procura-se demonstrar que a referida conduta omissiva gera prejuízos para o filho, que teve subtraída a chance de ter um pai.

A participação dos pais na vida dos filhos é dever dos primeiros e direitos dos segundos. No entanto, muitas mães, pelas mais diversas razões, se destinam a não revelar o nome do pai de seus filhos, ainda que o saibam, impondo aos últimos as consequências daí decorrentes.



Partindo-se de tal constatação, questiona-se se, uma vez verificada a possibilidade, no caso concreto, de o filho ter sido criado, educado, sustentado e amado por seu pai, caberia responsabilização da genitora pela omissão que gerou danos ao filho?

De pronto, registre-se que as respostas negativas, sob qualquer fundamento, resultariam na afirmação de que está a sorte da mãe uma decisão crucial e que gera impactos diretos na história de vida e, muitas das vezes, no futuro do filho.

Em verdade, a conduta da mãe consistente em não revelar o nome do genitor alija do filho da possibilidade de formar o vínculo paterno filial e de desfrutar das benesses daí decorrente, violando, ainda, o direito à origem biológica e direito à convivência familiar positivados no ordenamento jurídico pátrio.

Registre-se que, tal situação, em que pese não seja incomum, não encontra regulação pelo ordenamento jurídico, é pouco abordada pelos doutrinadores e ainda não foi enfrentada pelos Tribunais Superiores.

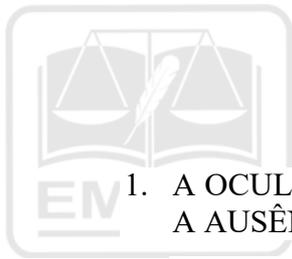
Assim sendo, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com o exame da omissão do legislador acerca da previsão de medidas e de punições em face da ocultação intencional pela genitora do nome do pai, ficando tal questão à margem de disciplinamento ilegal, embora não rara sua ocorrência no meio social.

No segundo capítulo, discorre-se sobre a ponderação entre dois direitos fundamentais, ou seja, sobre o que deve prevalecer: o direito à intimidade da mãe, resguardando-se aquela que não quer revelar a identidade do genitor ou o direito à origem biológica do filho, que busca conhecer sua origem genética e a chance de ter um pai?

O terceiro capítulo, por sua vez, destina-se ao detalhamento da primordial questão que aqui se coloca, qual seja a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de ocultação intencional da pessoa do genitor pela mãe, buscando-se averiguar o cabimento de reparação ao filho que teve subtraída a chance de ter um pai, mediante a análise de se, no caso concreto, haveria ou não tal possibilidade.

A pesquisa será desenvolvida, no que toca aos objetivos, pelo método descritivo, porque o pesquisador buscará principalmente descrever, analisar e verificar as relações entre fatos e fenômenos (variáveis), ou seja, tomar conhecimento do que, com quem, como e qual a intensidade do fenômeno em estudo.

Para tanto, a abordagem do método da pesquisa será qualitativo, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.



1. A OCULTAÇÃO INTENCIONAL DA IDENTIDADE DO GENITOR PELA GENITORA E A AUSÊNCIA DE REGULAÇÃO LEGAL DO TEMA

Todo ser humano é fruto do encontro dos materiais fecundantes masculino e feminino e, portanto, do ponto de vista biológico possui um genitor e uma genitora, que lhe deram a vida e que deveriam ser os responsáveis pelo seu desenvolvimento, crescimento, formação e sustento.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz conceitua que "filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida"¹.

Muito embora o viés biológico da filiação, a mudança no paradigma familiar teve implicações na caracterização do vínculo filial, culminando no fato de que a filiação hoje é reconhecida muito mais pelos laços afetivos travados, do que por critérios naturais, uma vez que pai e filho são aqueles unidos, sobretudo, por um laço de amor e carinho, que é construído através da convivência.

A importância do estabelecimento de uma relação afetiva entre pai e filho é resultado da crescente preocupação com a integridade psicossocial do indivíduo, como expressão da dignidade da pessoa humana, já que o acesso à relação filial é fundamental do ponto de vista moral, emocional, social e psicológico dos indivíduos.

Nessa seara, destaque-se que o verdadeiro convívio familiar só se verifica quando à criança é dada a possibilidade de gozar da presença do pai e da mãe, o que lhe permite uma formação plena e o direito à felicidade, na medida em que terá sua vida agraciada por ter tido consigo, ao longo do seu desenvolvimento, aqueles que lhe deram muito mais do que o existir.

Pode-se afirmar, peremptoriamente, que ser filho de alguém é interesse legítimo dos indivíduos, visto que a importância da filiação é fato de conhecimento geral e que tem sua devida relevância para o todo social, sobretudo quando na sociedade se percebe os efeitos irreparáveis da ausência de identificação filial.

Deve-se assegurar, portanto, que ao filho seja dada a oportunidade de, verdadeiramente, ser filho, a partir da presença eficiente do pai na sua educação, na sua criação e na sua própria vida de um modo geral, o que implica numa série de consequências vantajosas para ambas as partes, já que experimentarão de um relacionamento sólido e construtivo na sua mais sublime forma.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.499.



Em que pese seja indiscutível o acima descrito, na prática nem sempre é tão fácil a formação do vínculo paterno-filial, seja pelo desinteresse dos genitores em assumir a paternidade, seja pela perversa prática de se impor aos filhos a ocultação da identidade do pai para atender a interesses próprios da genitora.

Em relação à última hipótese, que é a que interessa para o estudo que aqui se pretende fazer, cabe registrar que as violações ao direito de ser filho perpetradas pelas mães são uma realidade social latente, já que são inúmeros os casos em que se verifica tal situação.

O nosso ordenamento jurídico impõe o reconhecimento jurídico da filiação, como consectário do direito à identidade e do princípio da preservação da personalidade humana, sendo verdadeiro direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, conforme o artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente².

Ocorre, porém, que para ter o seu direito à filiação reconhecido, a criança necessita que a mãe identifique perante a autoridade competente o genitor, o que nem sempre se verifica na prática.

Muitas das vezes, questionada sobre o suposto genitor do menor, a mãe afirma não saber seu nome, seu paradeiro ou até mesmo quem o seja e, não tendo o Ministério Público meios para aferir a veracidade das alegações, chancela-se a ausência da figura paterna na certidão de nascimento e na vida do indivíduo.

Tal atitude, não só agride o direito do filho ter um pai, como também torna inócuos os mecanismos legais dispostos para garantir o reconhecimento da paternidade, aplicáveis aos casos em que a paternidade não é espontaneamente reconhecida pelo genitor.

Não obstante a escassez de legislação que discipline o tema, essa situação é recorrente na sociedade brasileira e é de suma relevância jurídica e social, na medida em que, a um só tempo, a genitora inviabiliza o direito de o genitor se tornar pai e impede que o filho tenha sua paternidade conhecida e, por vezes, efetivada.

Diante disso, ao verdadeiro pai, caso nem venha a tomar conhecimento da gravidez, é imposto, sem possibilidade de total reversão, o não exercício da paternidade, na medida em que não vai despender de afeto, sustento, educação, criação e todos os demais direitos para com o filho, desde o seu nascimento.

Na verdade, o que se percebe, portanto, é que muitas vezes a efetivação do direito fundamental de ser filho e de ver reconhecida a paternidade fica condicionado a interesses

²BRASIL *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 8 abr. 2018.



personais da mãe, os quais, infelizmente, se sobrepõem em detrimento do que é essencial para a felicidade e bom desenvolvimento de seu filho.

Nesse sentido, aponta Milton Soares que³:

[...] como se trata de menores exigindo-se representação para o processo, o que acontece na prática é que esse direito tão fundamental que é o de ter a paternidade conhecida e reconhecida, nem sempre se concretiza, ficando a cargo da vontade e interesse da mãe a garantia deste direito, mãe que muitas vezes não tem a noção exata da importância deste direito, e que outras vezes se deixa levar por sentimentos, de amor ou de ódio em relação ao pai [...].

Registre-se que, embora tal constatação, não se pode admitir que uma mãe imponha a um filho tamanho sofrimento, angústia e ausência, apenas para atender a interesses próprios e, muitas das vezes, secundários frente aos benefícios que ver se reconhecido como filho e o efetivo exercício da paternidade representam na vida das pessoas.

A não revelação da identidade do pai representa o sofrimento do filho perpetrado pela mãe, que subtrai daquele um direito fundamental, que deveria ser garantido, promovido e respeitado por todos. No entanto, muitas vezes tal direito é injustamente desrespeitado, sem que haja previsão de qualquer sanção correspondente.

Registre-se que, o direito ao reconhecimento da paternidade é direito absoluto que deve ser garantido aos filhos, inclusive em face dos pais.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros⁴. (BRASIL, STJ, RESP 833712/RS, Relatora Nancy Andrichi, 2007).

No âmbito das relações entre pais e filhos, devem sobressair as atitudes dos pais que visem promover a convivência familiar, o compartilhamento de deveres e direitos dos pais em relação aos filhos e o reconhecimento da individualizada importância da presença do pai e da mãe para o bom desenvolvimento e formação social, moral e psíquica dos filhos.

É evidente desta forma que a genitora, com sua omissão, também desatende aos deveres correlatos ao poder familiar, na medida em que deixa de proporcionar ao filho a chance de obter acesso a uma ampla convivência familiar e a chance de obter o amor, o sustento e o apoio paternos.

³ SOARES, Milton Ferreira. *Ação de investigação de paternidade tendo como investigante o suposto pai*. Disponível em: <http://www.ibcdfam.org.br/_img/congressos/anais/171.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2018.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº833712/RS. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930079/recurso-especial-resp-833712-rs-2006-0070609-4-stj/relatorio-e-voto-14096685?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18. abr. 2018.



Além disso, não revelar o nome do pai ao filho significa deixar de respeitar o direito de o filho ter o seu estado de filiação reconhecido, bem como o seu direito à origem genética, os quais deveriam ser assegurados.

Por isso, defende-se que deveriam existir meios mais efetivos a fim de se evitar a omissão intencional pela genitora da identidade do pai, uma vez tal conduta representa a forma mais drástica de alienação parental e possui sérias consequências tanto para o filho que deixou de ter um pai, quanto para o pai que não exerceu a paternidade.

A Lei nº 12.318/2010⁵ contemplou em seu bojo mecanismos para coibir a prática de atos de alienação parental, porém não contempla expressamente a situação aqui posta, ficando à margem de qualquer regulação a violação perpetrada pela mãe, que deveria ser a pessoa com maior interesse em garantir o melhor para o seu filho.

Ante a ausência de previsão de punição para tais casos de omissão, cabe ao Poder Judiciário ter uma atuação pró ativa no que tange à regulação de situações que, embora desprovidas de previsão legal, são recorrentes e relevantes do ponto de vista jurídico e social que, por isso, merecem um norte capaz de combater injustiças.

Garantir que crianças, adolescentes e até mesmo adultos tenham convivência com as figuras materna e paterna é um ato de amor, que atende à determinação constitucional de convivência familiar e abre um leque de direitos e uma gama de possibilidade.

Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro deveria prever uma penalidade a ser aplicada quando verificada a violação do direito que os filhos possuem de conhecer a a identidade de seu genitor, como há referência no direito argentino a uma “*responsabilidad civil intrafamiliar*”⁶, verificada quando os pais negam o direito à origem genética a seus filho.

Diante de todo o exposto, cabe registrar, por fim, que a omissão do legislador no tocante à regulação de punições e medidas mais efetivas ao combate da sonegação da figura do genitor pela mãe chancela a ocorrência de injustiças, na medida em que deixa impune uma conduta transgressora de direitos da personalidade do indivíduo.

A frustração, a um só tempo, da possibilidade que o filho teria de ter convivência com seu pai e da possibilidade que o pai teria de criar seu filho não pode ser tratada como conduta irrelevante e despida de sanção, na medida em que causa danos ao pai e ao filho e fere o ordenamento jurídico.

⁵BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 9. Set. 2018.

⁶BASTOS, Ísis Boll de Araujo. *O direito à identificação da paternidade versus o direito à privacidade da mãe: análise de caso prático*. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/Vmostra/V_MOSTRA_PDF/Direito/83267-ISIS_BOLL_DE_ARAUJO_BASTOS.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.



2. DIREITO À ORIGEM BIOLÓGICA *VERSUS* DIREITO À INTIMIDADE DA GENITORA: UM CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Prima facie, registre-se que ordenamento jurídico pátrio não contempla regras para solução do conflito entre os direitos fundamentais, em que pese não sejam raros. Por isso, são diversas as situações nas quais os Tribunais são instados a decidir qual direito fundamental deve prevalecer em caso de colisão, tendo em vista que a Constituição Federal⁷ contempla uma variedade de direitos dessa espécie.

No âmbito do estudo que aqui se pretende fazer, destaca-se o conflito entre o direito do filho à origem biológica e o direito da genitora no que toca ao resguardo de sua intimidade, já que, não raras vezes, a pessoa tem interesse em saber sua ascendência genética, mas a mãe não se propõe a revelar o nome do sabido pai.

Diante de tal problemática, que não encontra uma resposta fácil no meio jurídico e que, portanto, diverge opiniões, a primeira questão a ser examinada é se existe a obrigação de a mãe informar o filho ou a autoridade competente o nome do genitor.

Acerca do tema, há quem entenda que a genitora é obrigada a declinar o nome do suposto pai e, por outro lado, há quem entenda o oposto, estando tal controvérsia longe de alcançar um consenso.

Há que se ressaltar, contudo, que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla regra expressa que imponha à mãe a obrigação de revelar o nome do conhecido pai de seu filho, seja no ato do registro de nascimento, seja mediante provocação de pessoa interessada.

O que se verifica segundo a Lei de Registros Públicos⁸ é que, diante da omissão do nome e demais informações do suposto pai no ato de lavratura da certidão de nascimento, o Cartório deve informar o fato à vara competente, a qual tomará as medidas cabíveis e em audiência informará a mãe do direito da criança a ter conhecimento sobre sua origem genética e dos direitos advindos do reconhecimento da filiação.

No mesmo passo da citada lei, com vistas a reduzir o número de registros de nascimento com filiação incompleta, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou o Provimento nº 12/2010⁹ por meio do qual determinou a remessa aos Juízos competentes de mídia com os nomes e endereços dos alunos que, naquela unidade da Federação, não

⁷BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 set. 2018.

⁸BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 3. set. 2018.

⁹BRASIL. *Provimento do CNJ nº 12, de 06 de agosto de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_n_12.pdf>. Acesso em: 3. set. 2018

possuíssem paternidade estabelecida, segundo os dados do censo escolar, a fim de facilitar e estimular o procedimento de reconhecimento da paternidade.

Tais previsões, embora sejam importantes e demonstrem notória efetividade, não ostentam natureza de obrigatoriedade no que toca à identificação do genitor, uma vez que não há meios de se obrigar ninguém a revelar nada e, muitas das vezes, as mães se mostram obstinadas, por motivos íntimos, a não apontar o nome do pai.

Desse modo, afastada a existência de obrigação legal de a mãe informar o nome do genitor, não havendo nítida resposta jurídica para os casos como estes em que de um lado há o filho querendo saber quem é seu pai e do outro há a mãe buscando preservar sua intimidade, a chave para resolver a controvérsia está em saber qual direito se sobrepõe: o direito à identidade biológica do filho ou o direito à intimidade da mãe?

É evidente que é constitucionalmente assegurado às mulheres o direito à intimidade, sendo perfeitamente possível que as mesmas mantenham às ocultas seus relacionamentos, seja porque esta é a sua vontade, seja para evitar constrangimentos sociais ou familiares.

No entanto, o próprio texto constitucional possui regras que permitem afirmar que, ante o embate entre o resguardo da mãe no tocante a seus relacionamentos e o interesse do filho em saber quem é seu genitor, o segundo deve prevalecer, como será demonstrado.

O direito à origem genética ou biológica tem base constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988¹⁰, já que é inerente à vida digna o respeito aos aspectos físicos, psíquicos e morais dos seres humanos, incluindo-se entres eles direito ao conhecimento da própria historicidade pessoal.

Tal direito foi concedido expressamente aos filhos adotivos no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹, mas estende-se aos filhos biológicos que não foram reconhecidos por seus pais, visto que o art. 227, §6º da Constituição Federal¹² confere aos filhos os mesmos direitos independente da origem da filiação.

É imperioso salientar que o direito à origem genética ou biológica integra o núcleo dos direitos da personalidade e, por isso, é intangível e indisponível e se difere do direito ao reconhecimento da paternidade, uma vez que este se relaciona, segundo a doutrina, com aspectos culturais.

¹⁰BRASIL. *op. cit.*

¹¹BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 6 set. 2018.

¹²BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 set. 2018.



Nesse sentido, pontua Paulo Lôbo¹³ que:

[...] os direitos da personalidade integram o núcleo intangível e indisponível da qualificação jurídica da pessoa, que destaca sua singularidade. (...) Entre eles, está o direito à identificação pessoal, que não se resume aos aspectos formais e registrais, tais como a nacionalidade, a data e o local de nascimento, a filiação e outras características exigíveis. Nele se inclui, igualmente, a identificação que brota da natureza humana, com as características irredutíveis do corpo, da mente, dos modos de expressão, natos ou adquiridos, além de, no ponto que agora nos interessa, a origem genética de cada pessoa. Diferentemente, o direito à parentalidade, inclusive o da filiação, não resulta da natureza humana. Sua natureza é cultural. Seu objeto é certificar a integração de uma pessoa em determinado grupo familiar.

Em síntese, o que se busca esclarecer com o até aqui exposto é que o direito à origem genética, por si só, não garante o efetivo exercício e os direitos decorrentes do reconhecimento da paternidade, mas apenas confere ao filho o direito de saber quem é o seu genitor.

Embora pareça pouco, tal direito deve ser sempre privilegiado, inclusive em face do direito à intimidade da mãe, uma vez que permite que o filho, ao saber quem é o seu genitor, conheça sua origem genética e pare de conviver com a terrível incerteza sobre se receberia ou não o devido afeto do pai, caso ele soubesse de sua existência.

Qualquer decisão no sentido de inviabilizar o conhecimento da origem genética representaria, em verdade, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, dada a necessidade de os seres humanos de conhecerem sua historicidade pessoal.

No mesmo sentido, entendeu a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi no REsp 833712/RS:

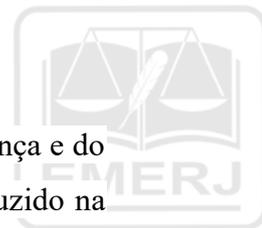
[...] Assim, caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercar o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica¹⁴[...] (BRASIL, STJ, RESP 833712/RS, Relatora Nancy Andrighi, 2007).

Não bastasse o até aqui exposto indicar claramente o direito fundamental que deve prevalecer, no tocante às crianças e aos adolescentes, a Constituição Federal adotou em seu art. 227¹⁵ a doutrina da proteção integral, dispondo sobre a necessidade de se respeitar o conjunto de direitos fundamentais das pessoas em desenvolvimento.

¹³LÔBO, Paulo. *Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>>. Acesso em: 09 set. 2018.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº833712/RS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930079/recurso-especial-resp-833712-rs-2006-0070609-4-stj/relatorio-e-voto-14096685?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18. abr. 2018.

¹⁵BRASIL. *op. cit.*



Do dispositivo constitucional acima exposto e do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶, extrai-se o princípio do melhor interesse do menor que pode ser traduzido na necessidade, de maneira absoluta, de as decisões judiciais observarem o que é melhor para o menor, a fim de que lhes seja assegurado o rol de direitos previstos na Constituição, entre eles o direito à convivência familiar.

Sem sombra de dúvidas, atende ao melhor interesse do menor o conhecimento de sua origem genética e não a preservação da intimidade da mãe, visto que o primeiro garante, no mínimo, o preenchimento do vazio gerado por não saber quem é o seu genitor, já que muitas vezes a descoberta tardia da identidade do genitor torna-se obstáculo ao estabelecimento da relação entre pai e filho.

Cabe registrar que a posição até aqui exposta não encontra-se isolada, tendo guarida na doutrina, como bem expõe o Promotor de Justiça André Luiz Nogueira da Cunha¹⁷:

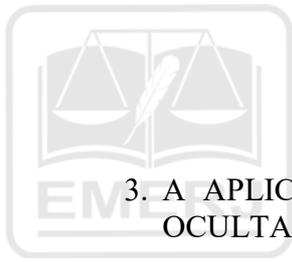
Muito embora a lei nada mencione sobre a obrigatoriedade da genitora em declinar o nome do suposto pai, dois entendimentos têm sido manifestados pelos operadores do direito: a genitora é obrigada a declinar o nome do suposto pai; a genitora não é obrigada a declinar o nome do suposto pai. Para os primeiros, a paternidade responsável e o direito indisponível ao estado de filiação garantem que a genitora tem o dever de declinar o nome, a identificação e a qualificação, do suposto pai, sob pena de suspensão e perda do pátrio poder, por abandono, ao deixar de garantir ao filho o exercício de um direito fundamental e indisponível, ou por infringir a obrigação legal de suprimento do consentimento e da vontade, e a aplicação de multa, por infração administrativa.

Ainda, cabe registrar que, retirar do filho o direito à identidade genética significa, em verdade, privá-lo de um valioso atributo da sua personalidade, o que tem consequências incomensuráveis, já que a ausência do pai afeta o pleno desenvolvimento do filho, que terá por ausente o auxílio emocional, físico, moral e material de um dos protagonistas no que tange às responsabilidades parentais.

Por fim, diante do conflito aqui suscitado, as decisões judiciais, norteadas pelos princípios do melhor interesse do menor e pelo direito à origem biológica - que são expressões do princípio da dignidade da pessoa humana - deverão fazer prevalecer, como medida de efetivação da justiça e de atendimento ao ordenamento jurídico pátrio, o direito do filho ao conhecimento de sua ascendência biológica em detrimento da privacidade da mãe.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 9 set. 2018.

¹⁷ CUNHA, André Luis Nogueira da. *A Paternidade Responsável e a Intimidade da Mulher*. Disponível em: <www.revistajustitia.com.br/artigos/7c96yw.pdf>>. Acesso em: 18. Set. 2018.



3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE OCULTAÇÃO INTENCIONAL DA IDENTIDADE DO GENITOR PELA GENITORA

Primeiramente, analise-se a seguinte situação fática: uma mãe, por razões pessoais, esconde de sua família, de seu filho e do genitor – desde a gravidez – quem é o pai do segundo. Passados alguns anos do nascimento, a mãe inicia um novo relacionamento e abandona seu filho, ainda menor, que acaba sendo criado por seus avós. Caberia, nessa hipótese, a responsabilização civil pela perda de uma chance em face da genitora, em razão da ocultação intencional da identidade do genitor?

Busca-se com tal exemplo hipotético aclarar a problemática ora analisada, tendo em vista que, no geral, causa certa estranheza imaginar que um filho ingressaria com uma ação de responsabilidade civil pela perda de uma chance em face de sua própria mãe.

Muito embora as relações entre mães e filhos sejam fortemente marcadas por um amor incondicional, pelo carinho e cuidado extremos e por uma proximidade ímpar, não raros são os casos em que na prática se verifica a infringência aos deveres familiares pela mãe, fazendo surgir a discussão acerca da aplicabilidade da responsabilidade civil no Direito de Família.

Na maioria das vezes, o tema da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família é analisado à luz do abandono afetivo e da atribuição da paternidade àquele que se sabe não ser o genitor, hipóteses nas quais o Judiciário reconhece a violação aos direitos da personalidade e o dever de indenizar.

No entanto, questão interessante e que ainda hoje suscita dúvidas na órbita jurídica é a possibilidade ou não de responsabilização civil da genitora em razão da ocultação proposital da identidade do pai, temática que não encontra grandes escritos na doutrina e sobre a qual ainda não existem decisões judiciais.

No tocante à reparação civil na seara família, destaca Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸:

O viés jurídico, já garantido pelo direito de família positivo, passa pela conscientização de que a lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicológica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. Em caso de dano moral, determina também a Constituição, no art. 5º, X, surge o dever de indenizar. Consequentemente, o abandono moral gera reparação. Este não é um raciocínio radical nem tampouco abstruso; ao contrário, parece límpido e em consonância com o tempo presente.

A conduta da mãe, no caso, não deixa de representar falta de cuidado, abandono moral e falta de contribuição para o pleno desenvolvimento físico, psíquico, mental e moral

¹⁸MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. In: *Revista de Direito de Família*, ano VIII, n.31, ago-set/2005.



do filho, uma vez que por melhor que seja a mãe, ela não substitui a presença de um bom pai na vida do filho.

A responsabilidade civil visa reparar os danos causados pelo descumprimento de uma obrigação decorrente de um contrato ou da própria lei, dividindo-se em responsabilidade civil contratual e extracontratual, esta também chamada de aquiliana. Por óbvio, a hipótese de responsabilidade civil que interessa ao estudo que se pretende aqui fazer é a última, que está prevista no artigo 186 do Código Civil¹⁹.

Embora não haja uma unanimidade na doutrina nesse sentido, tradicionalmente apontam-se como elementos da responsabilidade civil a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano, os quais, se verificados, ensejarão o dever de indenizar nos termos do art. 927, do Código Civil²⁰.

Frise-se que, no caso da ocultação intencional da identidade paterna, há conduta, há nexo de causalidade e há dano, uma vez que a mãe omite a identidade do sabido pai, essa conduta faz com que o filho não tenha conhecimento de quem seja seu pai e causa dano, na medida em que o filho perde a possibilidade de ter um pai e de ser amado, criado e sustentado por ele.

Restaria, portanto, caracterizada a perda de uma chance, modalidade autônoma e específica de dano, decorrente da violação da oportunidade futura de obter de um benefício ou de evitar um prejuízo por parte daquele que sofre o dano.

A perda de uma chance é, em verdade, um tipo de dano sujeito a indenização, por meio do qual visa-se a reparação pela subtração de um benefício futuro, ainda que não se tenha certeza do um resultado final.

É exatamente o que se verifica no caso da ocultação intencional da identidade paterna, uma vez que com sua conduta, a mãe impede que o filho tenha a possibilidade de estabelecer a relação paterno-filial com seu genitor e obter os benefícios dela decorrentes.

Diz-se possibilidade porque, infelizmente, a revelação da identidade do genitor não é suficiente ao estabelecimento da relação filial, tendo em vista que muitos genitores não se prestam ao exercício efetivo da paternidade em relação aos seus filhos, estabelecendo com eles apenas a obrigatória ligação genética.

Ratificando o posicionamento já apresentado, destaca Cristiano Caves de Farias²¹:

¹⁹ BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁰ *Ibid.*

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/182.pdf>. Acesso em: 18. set. 2018.

Outro campo fecundo, dentro das relações familiares, para a perda de uma chance seria o âmbito filiatório, admitindo-se a hipótese de um dano injusto causado pela não informação por parte da genitora ao pai acerca da gravidez e do posterior nascimento de um filho, frustrando a convivência entre paterno-filial e todos os efeitos (inclusive psicológicos) dela decorrentes.

É imperioso destacar que a ocultação do nome paterno, por si só, gera um dano causado à personalidade do indivíduo, visto que impede o conhecimento de sua origem genética, de sua história pessoal, bem como causa ausência afetiva paterna, dor psíquica e prejuízo à formação do filho, diante da falta de cuidado e de proteção por parte pai.

É, principalmente, por meio da convivência familiar que o indivíduo constrói a sua personalidade, adquire seus valores e constrói uma base sólida para o seu desenvolvimento, sendo dever dos pais a formação, a criação, o sustento, o provimento de afeto, de amor e de cuidado.

Privar o próprio filho da possibilidade de ter um pai é, sem dúvidas, a forma mais cruel e egoística de retirar do indivíduo a chance de ter um laço inato, da sua própria essência, cuja não construção traz efeitos irreparáveis e, em última análise, equivalentes a um dano injusto.

Desta feita, dúvidas não há de que a mãe que oculta à figura do pai de um filho pratica ilícito civil, na medida em que sua conduta fere o ordenamento jurídico vigente, ao violar direito da personalidade do filho, desatender ao direito à convivência familiar, ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao princípio do melhor interesse do menor e o respeito à paternidade responsável.

Nesse sentido, destaque-se o entendimento do Desembargador Unias Silva, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Julgamento da Apelação Cível nº 2.0000.00.408550-5/000²²:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.

²²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 2.0000.00.408550-5/000. Relator: Desembargador Unias Silva. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.dojsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4:juri_nde2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 18. set. 2018.



A conduta, em verdade, muitas vezes, negligencia o dever de proporcionar a chance de melhor sustento, de uma vida mais confortável para o seu filho, de garantir-lhe uma melhor formação e causa consequências irreparáveis, tendo em vista que o passar dos anos, muitas vezes, é um verdadeiro entrave ao estabelecimento tardio do vínculo entre o pai e o filho.

Por isso, deve-se restar sobejamente comprovada a culpa da genitora, a qual deve ter, propositalmente, ocultado a identidade do genitor e frustrado a possibilidade de convivência do filho com o pai, impedindo-o de participar do desenvolvimento de sua personalidade e de ser alguém na vida no filho.

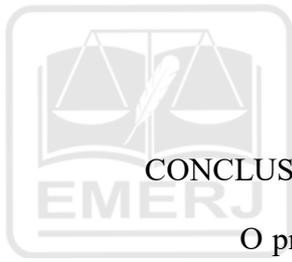
De um modo geral, as correntes doutrinárias contrárias à extensão do reconhecimento do dano moral na seara familiar sustentam que, dada a impossibilidade de se impor o dever dos pais amarem seus filhos e vice-versa, isso acabaria criando uma verdadeira patrimonialização do afeto.

Muito embora tal posicionamento, em verdade a indenização, não impõe o dever de amar ou o dever de afeto, nem preenche a ausência do pai, mas confere aquele que a recebe o conforto de saber que a conduta daquela que o alijou da possibilidade de ter um pai não ficou impune.

A relação entre pais e filhos é uma das mais valiosas da vivência humana e atribui sentido à existência dos seres humanos, estando intrinsecamente ligada à personalidade e à dignidade dos seres humanos. Nessa medida, é patente que a reparação em razão da conduta violadora que impede o estabelecimento do laço filial é medida que atende às determinações do ordenamento jurídico pátrio.

É nesse diapasão, que se defende ser possível a aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de ocultação intencional da identidade do genitor pela genitora, na medida em que se verifica a frustração da possibilidade que o filho tinham de estabelecer com seu pai uma convivência.

Há de se sopesar, contudo, se, no caso concreto, a não identificação do genitor subtraído do filho reais oportunidades de obter as vantagens decorrentes do estabelecimento da relação paterno-filial, para que então tenha lugar a responsabilização civil da genitora, estando nesse caso a reparação em conformidade com os valores vigentes no ordenamento jurídico.



CONCLUSÃO



O presente trabalho buscou analisar a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de ocultação intencional da identidade do genitor, visto que tal conduta subtrai do filho a possibilidade de ter um pai e fere o princípio do melhor interesse do menor, o princípio da paternidade responsável, o princípio da convivência familiar, além de violar o direito fundamental à origem biológica que decorre da dignidade da pessoa humana.

Discute-se, nessa seara, se deveria prevalecer o direito à intimidade da mãe, que não quer revelar o nome daquele com quem teve relação ou o direito à origem biológica do filho, que visa saber quem é o seu genitor.

Defendeu-se que, no conflito entre os direitos fundamentais acima apresentados, deve prevalecer o direito à origem biológica do filho, tendo em vista que este atende ao princípio do melhor interesse do menor e permite que o filho pare de conviver com a terrível incerteza sobre quem é o seu pai e se este, caso soubesse de sua existência, o teria dado cuidado e amor paternos.

A aplicação da responsabilidade Civil no Direito de Família, em geral, suscita discussões, o que não será diferente no caso da ocultação intencional do nome do genitor, embora a jurisprudência ainda não tenham se debruçado sobre o tema especificamente.

Cabe registrar, contudo, que a hipótese que se pretende analisar atende aos requisitos do instituto da reparação civil na medida em que a mãe pratica conduta contrária ao ordenamento jurídico e esta causa danos ao filho na medida em que frustra a possibilidade dele ter um pai, havendo total nexo de causalidade entre a não revelação do nome do genitor e a ausência da figura paterna.

A questão se adequa perfeitamente a teoria da perda de uma chance, visto que a ação da mãe priva o filho do direito de estabelecer a relação paterno-filial com o genitor, ainda que não se saiba precisamente se o este exerceria verdadeiramente o papel de um pai ou não.

É evidente e inevitável o fato de que da maternidade decorrem obrigações para a mãe e direitos para o filho, sendo primordial que as obrigações sejam cumpridas e os direitos sejam efetivados. O desatendimento aos deveres pela mãe e, conseqüentemente, a violação aos direitos do filho gera ato ilícito, passível de reparação, em face, sobretudo, do desatendimento a direitos fundamentais e dos princípios que protegem a pessoa do filho.

Destaque-se que o dever de indenização em nenhuma medida supera a ausência paterna e não ostenta essa pretensão, mas permite compensar o filho pela chance de ter tido

um pai violada, na maioria das vezes invencível, e confere o conforto de saber que a conduta lesiva, gravosa e inaceitável que o prejudicou não ficou impune.

Dessa forma, é imperioso se despir de ideias preconcebidas, tirar o véu de santidade que recai sobre as mães e conferir à ocultação do nome do genitor o mesmo caráter perverso que se atribui ao abandono afetivo paternal, olhando a questão sobre o viés do lastimado prejudicado.

Assim, defende-se a aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de ocultação intencional da identidade do genitor, tendo esta importante papel de reparar os prejuízos causados e impor a necessária reprovabilidade da conduta da mãe que, lamentavelmente, não oportuniza ao filho a chance de conhecer e, se possível, formar um vínculo afetivo com seu pai.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Ísis Boll de Araujo. *O direito à identificação da paternidade versus o direito à privacidade da mãe: análise de caso prático*. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/Vmostra/V_MOSTRA_PDF/Direito/83267-ISIS_BOLL_DE_ARAUJO_BASTOS.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 set. 2018.

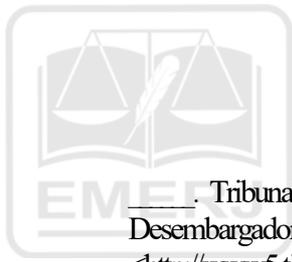
_____. *Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 3. set. 2018.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 6 set. 2018.

_____. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 9. Set. 2018.

_____. *Provimento do CNJ nº 12, de 06 de agosto de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_n_12.pdf>. Acesso em: 3. set. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº833712/RS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930079/recurso-especial-resp-833712-rs-2006-0070609-4-stj/relatorio-e-voto-14096685?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18. abr. 2018.



. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 2.0000.00.408550-5/000. Relator: Desembargador Unias Silva. Disponível em:

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 18. set. 2018.

CUNHA, Andre Luis Nogueira da. A Paternidade Responsável e a Intimidade da Mulher. Disponível em: <www.revistajustitia.com.br/artigos/7c96yw.pdf>. Acesso em: 18. Set. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.499.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/182.pdf>. Acesso em: 18. set. 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação..* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>>. Acesso em: 09 set. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. In: *Revista de Direito de Família*, ano VIII, n.31, ago-set/2005.

SOARES, Milton Ferreira. *Ação de investigação de paternidade tendo como investigante o suposto pai*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/171.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2018.

O DIREITO DA MULHER À DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO NA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO EM CONSONÂNCIA AO PRINCÍPIO DA NÃO INTERVENÇÃO ESTATAL

Bianca Ferreira Martins

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida.
Advogada

Resumo – O tema do presente artigo mostra-se de fundamental importância no âmbito social, político e jurídico. A temática relacionada ao aborto e a sua autorização vem sendo debatido em diversos ramos do direito em razão da Proposta de Emenda a Constituição nº. 181/2015. Grupos da sociedade trouxeram ao debate a preponderância de princípios constitucionais face a disponibilidade do corpo da mulher e suas consequências jurídicas. Em que pese ainda não tenha havido a votação da referida lei, o presente trabalho visa abordar a prejudicialidade da proibição ao aborto na saúde de modo em geral, tendo em vista a realização do procedimento de forma ilícita e precária. Em contrapartida, são apresentadas legislações favoráveis ao procedimento, de forma a demonstrar o tema já positivado em outros países.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Aborto. Princípios constitucionais. Autonomia da vontade.

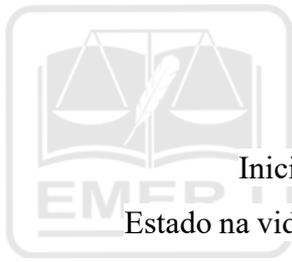
Sumário – Introdução. 1. Os limites da intervenção do Estado na vida privada. 2. A discussão apresentada pelo retrocesso jurídico da Proposta de Emenda à Constituição nº. 181/2015. 3. O direito à interrupção da gestação em respeito ao princípio da disponibilidade do próprio corpo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da interrupção da gestação não apenas nos casos já previstos em lei, mas em qualquer hipótese com base no direito da mulher em optar por manter a gestação até o seu resultado ou interromper até a 12ª semana. Procura-se demonstrar que mesmo com a vedação legal a prática do aborto é realizada com frequência e de forma precária, o que torna o debate questão de saúde pública.

Para tanto abordam-se as posições jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o direito do Estado é amplo e irrestrito a ponto de intervir de forma abrupta nas decisões relacionadas ao corpo da mulher.

O tema é controvertido uma vez que está atrelado aos princípios constitucionais da dignidade bem como no princípio da autonomia da pessoa, razão pela qual em prol da regulamentação desta prática, faz-se necessário levantar discussões sobre o assunto.



Inicia-se no primeiro capítulo do trabalho o debate quanto ao limite de intervenção do Estado na vida privada, de forma a comprovar que as decisões devem ser tomadas com base no melhor interesse do indivíduo.

Assim, demonstra-se que mesmo com as limitações previstas na legislação atual, as mulheres realizam a prática do aborto de forma precária com risco de complicações pós procedimento, o que comprova que a vedação, não proíbe a efetiva realização do aborto.

No segundo capítulo é realizada a ponderação quanto à prejudicialidade da Proposta de Emenda à Constituição nº. 181/2015 pois em que pese o núcleo da Proposta seja a licença-maternidade em caso de parto prematuro será necessária a apreciação da Proposta de Emenda à Constituição nº. 58/2011. As Propostas de Emenda à Constituição buscam alterar o direito constitucional à inviolabilidade da vida de forma a resguardá-lo desde a concepção, assim, com a aprovação, os casos de aborto autorizados em lei tornar-se-ão crimes.

Dessa forma, segue-se ponderando, no terceiro capítulo os princípios da autonomia, assim como a garantia constitucional aos direitos sexuais e reprodutivos bem como a integridade física e psíquica da mulher. Para corroborar com a necessidade de proteção aos bens jurídicos ante informados, apresenta-se nesse capítulo legislações de países favoráveis ao aborto.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador irá eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia, jurisprudência e comparativos técnicos de outros países pertinentes à temática em foco.

1. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA PRIVADA. OS LIMITES NECESSÁRIOS PARA O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA DO CIDADÃO

O ordenamento jurídico tem como maior objetivo, defender a igualdade formal dos indivíduos e, portanto, deve ser aplicada a todos de forma indiscriminada, conforme preceitua o Preâmbulo da Constituição Federal (CRFB/88)¹, *in verbis*:

[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional [...]

Nesse contexto, foram criados os direitos subjetivos materiais, que são considerados as garantias fundamentais e a partir do momento da criação, surgiu a impossibilidade do exercício indiscriminado de poder dos governantes na vida do cidadão.

Nota-se que o Estado é detentor do poder maior e em razão disso é o responsável por salvaguardar os direitos individuais e coletivos, razão pela qual também tem o dever de zelar pela saúde física e mental do cidadão.

No Artigo 5º, inciso X, da CRFB/88² o legislador assegurou o direito à inviolabilidade da vida privada, porém, por meio de políticas públicas, o Estado tem realizado intervenções de forma direta no interesse privado dos indivíduos.

No que tange ao aborto, é possível verificar na legislação atual a preocupação na proteção do direito à vida, uma vez que consta previsto no artigo 127 do Código Penal a autorização para o aborto legal, ou seja, é autorizado o aborto quando considerado o único meio de salvar a vida da gestante e quando a gravidez é fruto da prática do estupro, crime previsto no artigo 213 do Código Penal.³

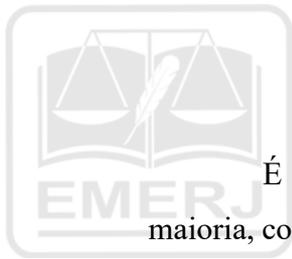
Porém, há de ser destacado que a limitação autorizativa prevista no artigo supracitado vai de encontro aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa, uma vez que ao restringir a autorização do aborto para apenas dois casos, faz com que opção de prosseguir com a gestação deixe de ser um direito da mulher e passe a ser uma decisão com base no interesse apenas do Estado.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS) são realizados mais de 25 milhões de abortos inseguros no mundo, sendo que 97% do total ocorreram em países em desenvolvimento, tais como a África, Ásia e América Latina. Destacou também o estudo que em países onde o aborto é completamente proibido ou permitido em apenas alguns casos o índice de abortos seguros é apenas um a cada quatro procedimentos realizados.⁴

Tal fato demonstra que impedir o aborto não faz com o que a prática seja extinta, ao contrário, faz com que mulheres procurem clínicas clandestinas para a realização do procedimento. Na busca pelo aborto inseguro as gestantes se arriscam no procedimento realizado de forma irregular e insalubre.

² Ibid.

³ BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 abr. 2018.



É imperioso destacar que as gestantes que realizam o procedimento, em grande maioria, conhecem os riscos da prática, mas não deixam de realizá-lo, razão pela qual não pode o Estado apenas fingir que o aborto clandestino não existe. É de conhecimento público que diversas são as mortes em decorrência da tentativa de aborto assim como os procedimentos de curetagens pós-aborto, razão pela qual a situação também deve ser ponderada sob a ótica da saúde pública.

Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso⁵ em seu voto no julgamento do Habeas Corpus nº. 124306/RJ, destacou o impacto ocasionado pela criminalização do aborto nas mulheres menos favorecidas financeiramente, uma vez que essas, por vezes, realizam o aborto em razão da impossibilidade de arcar com os custos na criação dos filhos.

Ressaltou o Ilustre Ministro que a intervenção do Estado ultrapassa a violação do direito à dignidade humana, sendo certo que fere também o direito sexual e reprodutivo e ainda o direito à integridade física e psíquica das mulheres.

É possível extrair do citado voto que os países desenvolvidos permitem a interrupção da gestação, quando realizado na fase inicial, por entenderem que o direito à vida do feto não pode se sobrepor ao direito da mulher na decisão de realizar o aborto.

No Brasil em pesquisa realizada em fevereiro de 2017 pelo IBOPE - Inteligência encomendada a pedido do Católicas pelo Direito de Decidir (CDD) notou-se que a maioria da população defende que a decisão pela realização do procedimento deve ser tomada pelas mulheres sem interferência do Estado.⁶

Note-se que o objetivo da descriminalização do aborto não é banalização do procedimento, no entanto, busca-se permitir que a escolha pela manutenção da gestação seja da mulher e não do Estado, que em grande maioria, encontra-se distante da realidade vivenciada pela gestante e nesse ponto, objetiva-se garantir segurança na escolha feita pela mulher.

No entanto, ao argumento de proteção ao feto, o legislador ignorou o direito da gestante ao controle de seu próprio corpo, visto que retirou da mulher o direito de decidir sobre a situação e o momento ideal para dar vida aos seus filhos, fato que viola o artigo 5, caput da

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

⁶ IBOPE. *Majoria da população acredita que as mulheres devem decidir sobre o aborto*. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/majoria-da-populacao-acredita-que-as-mulheres-devem-decidir-sobre-o-aborto/>>. Acesso em: 14 abr. 2018.



CRFB/88, uma vez que os homens, ao contrário das mulheres, quando não desejam reconhecer o filho apenas deixam de conceder apoio a mulher gestante e apenas não registram seus filhos, o que pode ser caracterizado como aborto masculino.⁷

Nesse contexto, é possível perceber que legislação brasileira ao se preocupar somente com a proibição do aborto deixou de se preocupar com as consequências da manutenção da gestação e passou a interferir diretamente na vida da mulher, ao desconsiderar os motivos que fundamentam a decisão pela interrupção da gestação, uma vez que essa decisão em hipótese alguma é uma decisão fácil a ser tomada.

Ao impedir a realização do aborto o legislador deixou de ponderar a proporcionalidade entre a liberdade, a dignidade, a segurança e a saúde em detrimento ao direito à vida, tendo sido este último valorado em grau máximo. Essa ponderação já foi realizada em outras oportunidades, tendo sido obtidos resultados contrários.

Dessa forma, apenas cabe ao Estado instituir o prazo limite para que a interrupção seja realizada, como aspecto objetivo, e assim, regulamentar o procedimento de maneira a garantir a saúde da mulher que optar por realizar o aborto. Logo, ao deixar de valorar o aspecto subjetivo da decisão, o Estado, portanto, passará a respeitar o limite da sua intervenção na vida do indivíduo e garantirá o equilíbrio dos valores constitucionais.

2. A DISCUSSÃO APRESENTADA PELO RETROCESSO JURÍDICO DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº. 181/2015

Em 16 de dezembro de 2015 foi apresentada pelo Senador Aécio Neves, filiado ao Partido da Social Democracia Brasileira, a Proposta de Emenda à Constituição nº. 181 que possui como objetivo ampliar o tema da licença-maternidade aos casos de parto prematuro.⁸

A proposta inicialmente apresentada previa a alteração da redação do inciso XVIII do artigo 7 da CRFB/88⁹ de forma a permitir que as mulheres que tivessem filhos de parto prematuro pudessem obter a licença-maternidade no período em que o recém-nascido ficasse internado na rede hospitalar por prazo não superior a 240 (duzentos e quarenta) dias.

A licença-maternidade é regulamentada no inciso XVIII do artigo 7º da CRFB/88 e estipula a duração de 120 (cento e vinte dias) de afastamento do trabalho para todas as mulheres

⁷ LEÃO, Bruna. *O Aborto masculino é legalizado*. Disponível em: <<http://www.naomekahlo.com/single-post/2015/02/18/O-Aborto-Masculino-%C3%A9-Legalizado>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁸ BRASIL. Câmara Municipal dos Deputados. Ficha de tramitação *PEC Nº. 181/2015*. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

⁹ BRASIL. op. cit., nota 1



que contribuem à Previdência Social. No Brasil é alto o índice de partos prematuros realizados, de acordo com recente pesquisa realizada pela Fundação Oswaldo Cruz¹⁰.

A proposta original consagra a ideia de que além de todo o caráter emocional que a gestante é obrigada a transpor, em razão do parto antecipado, diversos debates passaram a permear as esferas de poder no sentido de amenizar tal sofrimento. Com a proposta haveria uma extensão do período de afastamento com a permissão do acompanhamento realizado pela mãe no período em que o nascituro estivesse no hospital, sem que esse lapso temporal fosse contabilizado dos dias a que a gestante faz jus pela licença-maternidade nos moldes já existentes.

Foi determinado, em 26 de maio de 2017, que a presente proposta fosse apensada à Proposta de Emenda nº. 58/2011, tendo em vista a correlação das matérias ventiladas. A decisão teve como objetivo o trâmite em conjunto das propostas, de forma a evitar decisões conflitantes acerca do mesmo tema e organização da pauta de julgamento.

Assim as propostas foram encaminhadas para debate em comissão especial da Câmara dos Deputados. Em 15 de agosto de 2017, durante a Comissão Especial, foi apresentado Parecer favorável do Relator¹¹ Deputado Jorge Tadeu Mudalen, filiado atualmente ao Democratas (DEM), com proposta de texto substitutivo, de forma a garantir o princípio da dignidade da pessoa humana desde a concepção.

No Parecer apresentado foi citado pelo nobre relator diversos professores de renomadas instituições superiores de ensino, para que pudessem ratificar o entendimento ao qual ele se vincula, tendo sido, ao final, apresentado o texto substitutivo para alteração do inciso III do artigo 1º, bem como do CAPUT do artigo 5º, ambos da CRFB/88¹².

Cabe ressaltar que a proposta apresentada rechaça de imediato o ativismo judicial sob o fundamento da ausência de representatividade do Poder Judiciário, uma vez que incumbe ao Poder Legislativo sedimentar na legislação os anseios de seus representados.

No entanto, o texto substitutivo, nos moldes em que foi apresentado, causará impactos em todo o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que com as alterações propostas, as causas de aborto já legalizadas serão consideradas inconstitucionais face a nova redação dada aos

¹⁰ FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Taxa de bebês prematuros no país é quase o dobro do que em países da Europa*. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/taxa-de-bebes-prematuros-no-pais-e-quase-o-dobro-do-que-em-paises-da-europa>>. Acesso em: 02 set.2018.

¹¹BRASIL. Câmara Municipal dos Deputados. *Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 181-A*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BF723DE1E73A3974873B211175536A38.proposicoesWebExterno?codteor=1586817&filename=Tramitacao-PEC+181/2015>. Acesso em 02 set. 2018.

¹² BRASIL. op. cit., nota 1.



artigos da CRFB. O relator da PEC nº. 181/2015 justificou a necessidade do texto substitutivo com fundamento na orientação tradicional, na cultura de proteção do direito à vida dispendida ao feto dentro do ventre da gestante.

A legislação atual consagra ao nascituro a expectativa de direitos, sendo postergado o reconhecimento completo. Com efeito, este é condicionado ao nascimento com vida, conforme prevê o artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002¹³. Cabe destacar que a alteração da proposta original sugerida pelo Deputado Jorge Tadeu Mudalen possui semelhança com o que prevê a legislação brasileira.

No entanto, o objetivo é a aprovação de forma oblíqua da proibição ao aborto além de interferir diretamente no método de fertilização *in vitro* e dificultar as pesquisas com células tronco embrionárias.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 181/2015, com a justificativa de assegurar a vida humana intrauterina, ocasionará maior desproporcionalidade na descriminalização e na tentativa de legalização do aborto, e contribuirá para a interferência do Estado na vida privada. Nesse contexto, é possível perceber que o início da vida será conceituado a partir do momento da concepção, definição que antes não era delimitada pela doutrina e tampouco pela jurisprudência.

Assim, ao reconhecer os direitos da pessoa humana ao feto desde o momento da sua concepção, o legislador fará com que as hipóteses previstas no artigo 128 do Código Penal sejam consideradas inconstitucionais. Será necessário relativizar a preponderância de direitos de mesma natureza, ou seja, o direito à vida da gestante e o direito à vida de um embrião, uma vez que tais direitos estarão em mesmo nível de igualdade.

O tema é controvertido e no cenário atual a proposta apresentada vai de encontro às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Desde o julgamento no dia 12 de abril de 2012 da ADPF nº. 54¹⁴, é reconhecida a possibilidade da realização do aborto de anencéfalos sem que tal ato seja tipificado nas condutas previstas nos artigos 124, 125, 126 incisos I e II todos do Código Penal¹⁵.

Nota-se que a alteração proposta pela PEC nº. 181/2015 inviabilizará todas as possibilidades de realização de aborto legal no Brasil, fato que demonstra o retrocesso jurídico

¹³ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº. 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 3.



e político a que o ordenamento jurídico está às vésperas de sofrer. Ao proibir a realização de aborto de forma genérica, o Estado estará violando direitos essenciais e já garantidos à mulher.

É preciso destacar que os órgãos responsáveis pela guarda dos direitos dos cidadãos se manifestaram contra a aprovação da referida proposta de emenda à Constituição. A Comissão da OAB Mulher da Ordem dos Advogados do Brasil da seccional do Rio de Janeiro destacou a possibilidade de aprovação da PEC por votação em comissão composta por 25 deputados e somente 03 deputadas¹⁶, fato que demonstra a ausência de representatividade da classe que será atingida pela PEC, ou seja, a das mulheres.

Cabe ressaltar que, conforme demonstrado anteriormente, com a alteração proposta haverá aumento significativo na quantidade de abortos realizados de forma clandestina, uma vez que os casos já permitidos no Código Penal e na jurisprudência dominante também serão proibidos. Em recente entrevista a Sra. Maria de Fátima Marinho de Souza, da Secretaria de Vigilância em Saúde afirmou que cerca de 2 mil mulheres morreram em decorrência do aborto ilegal nos últimos 2 anos.¹⁷

Assim, é imperioso ressaltar o retrocesso legislativo que a PEC nº. 181/2015 propõe, uma vez que por via oblíqua pretende proibir o aborto de forma genérica, em todos os casos, inclusive os já previstos na legislação com o fundamento na proteção da dignidade humana desde a concepção.

Logo, em que pese a proposta principal da emenda à constituição tenha sido elaborada no sentido de beneficiar as mulheres e aos nascituros tendo em vista a importância do acompanhamento nos hospitais e centros médicos em casos de partos prematuros, a alteração proposta durante o trâmite legislativo apresenta uma interferência estatal na vida privada e uma nítida violação aos direitos adquiridos.

3. O DIREITO À INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO EM RESPEITO AO PRÍNCIPIO DA DISPONIBILIDADE DO PRÓPRIO CORPO

A proibição do aborto afeta princípios básicos inerentes a mulher e tem influência direta na tomada de decisões referentes ao seu próprio corpo. A interferência estatal não se limita a vida em sociedade, de maneira a traduzir o bem-estar social e a noção de justiça

¹⁶ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Rio de Janeiro. *Em nota oficial, comissão repudia nova redação da PEC 181/15*. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/noticia/110057-em-nota-oficial-comissao-repudia-nova-redacao-da-pec-18115>>. Acesso em: 02 set. 2018.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representantes do Ministério da Saúde apresentam impacto do aborto no Brasil*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385629>>. Acesso em: 02 set. 2018.



necessária para a vida em comum, mas também passou a interferir na forma organizacional da família e nos direitos inerentes à vida privada.

Ao interferir de forma direta na tomada de decisões da mulher em matéria relativa ao seu próprio corpo, o Estado passou a violar direitos fundamentais de qualquer ser humano. Deve ser destacado que ao mitigar tais direitos sob o fundamento de preservação da família o Estado passa a privilegiar a família ainda não existente face ao ser humano, pessoa de direito que possui personalidade, direitos e deveres já constituídos.

Nesse aspecto, é possível afirmar que a proibição da interrupção da gestação viola, de imediato, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher que inclui o planejamento familiar realizado por ela. Nota-se que o artigo 226 parágrafo 7 da CRFB/88¹⁸ bem como o artigo 1565 parágrafo 2 do CC/02¹⁹ asseguram que o planejamento familiar é direito fundamental, que não deve ser limitado pelo Estado, razão pela qual somente cabe as partes interessadas decidirem sobre o momento ideal para a geração da prole.

Assim, determinar que a mulher mantenha uma gestação indesejada, por motivos que somente cabem a ela definir, viola a capacidade de decisão da mulher sobre o seu corpo e sobre o momento adequado para manter a gestação, sendo certo que nesse aspecto viola também a igualdade de gênero.

O homem pode escolher o momento que lhe for mais conveniente para a paternidade, uma vez que o aborto masculino²⁰ é prática comum no Brasil. A Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça²¹ apresentou o Provimento nº.12/2010 e criou a Campanha Pai Presente, de forma a facilitar cerca 5,5 milhões de estudantes a terem a paternidade reconhecida. Assim, além da desigualdade histórica de gênero há de ser reconhecido, neste momento, o direito da mulher em decidir o momento ideal para a gestação e não conferir tal direito somente aos homens.

É necessário ressaltar que é nítido que a proibição aqui debatida apenas atinge a população com menor recurso financeiro, uma vez que o aborto continua sendo realizado, porém em clínicas clandestinas²². De acordo com pesquisas realizadas recentemente cerca de 25 milhões de abortos são realizados de forma insegura em todo o mundo e desse número, cerca

¹⁸ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁹ BRASIL. op. cit., nota 13.

²⁰ LEÃO, Bruna. op. cit., nota 7.

²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pai presente e certidões*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques//arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. op. cit., nota 4.



de 6,9 milhões de mulheres foram atendidas em centros médicos em decorrência de complicações no procedimento²³.

De acordo com o estudo realizado entre 2000 e 2017 cerca de 33 países ampliaram as leis de forma a proporcionar o aborto mais seguro, em razão das políticas públicas que são destinadas aos procedimentos, totalizando 61 países que regulamentam o procedimento. No entanto, diversos outros países, na contramão da sociedade atual, têm endurecido as leis inerentes ao tema.

Nesse sentido, em agosto de 2018 a Câmara Alta da Argentina²⁴ rejeitou o projeto de lei que previa a legalização do aborto face a pressão sofrida da igreja e manteve lei promulgada no ano de 1921, que prevê de forma expressa a proibição do aborto. Porém, outros países mantêm positivada a autorização ao aborto.

Desde 1968 o aborto é autorizado em Cuba²⁵, tendo sido o primeiro país da América Latina a autorizar o procedimento, por meio do serviço de saúde público.

O caso mais emblemático dos Estados Unidos da América foi julgado em 1973 Suprema Corte. No caso *Roe v. Wade*²⁶ foi assegurado à gestante o direito à interrupção da gravidez durante os dois primeiros trimestres da gestação.

Também com o objetivo de reduzir o número de mortes em decorrência de procedimentos realizados em clínicas clandestinas o Uruguai em 2012 aprovou a Lei n.º 18.987²⁷, denominada a Lei da Gravidez. A referida lei determina a necessidade de 4 consultas para o processo de interrupção da gravidez, sendo certo que durante esse processo a mulher é acompanhada por médico ginecologista e em razão disso permitiu que houvesse a redução da taxa de mortalidade entre gestantes²⁸.

Em Portugal o aborto é permitido desde 2007, com a promulgação da Lei n.º 16 de 17 de abril²⁹, que excluiu a ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez. Na referida

²³ GUTTMACHER INSTITUTE. *Aborto induzido em todo o mundo*. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-worldwide>>. Acesso em: 09 set. 2018.

²⁴ EL PAIS. *Senado da Argentina diz 'não' à legalização do aborto e país fica com lei de 1921*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/09/internacional/1533774575_136008.html>. Acesso em: 09 set. 2018.

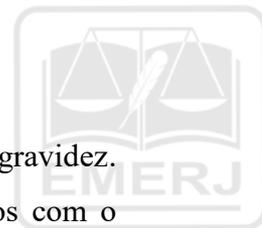
²⁵ GUTTMACHER INSTITUTE. op. cit., nota 23.

²⁶ EUA. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Roe v. Wade, 410 US 113 (1973)*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 09 set. 2018.

²⁷ URUGUAI. *Interrupción voluntaria del embarazo*. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentos/leyes/leyes?Ly_Nro=18987&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmin%5D%5Bdate%5D=&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmax%5D%5Bdate%5D=&Ltemas=&tipoBusqueda=T&Searchtext=>>. Acesso em: 09 set. 2018.

²⁸ ANDRADE. Alvaro. *Abortos no Uruguai crescem, mas mortalidade de gestantes é a menor da América Latina*. Disponível em: <<https://vos.social/yo-no-soy-de-aqui/abortos-no-uruguai-crescem-mas-mortalidade-de-gestantes-e-menor-da-america/>>. Acesso em: 09 set. 2018.

²⁹ PORTUGAL. *ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA LEI n.º 16/2007*. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/519464/details/maximized>>. Acesso em: 09 set. 2018.



lei foi autorizado o procedimento, por opção a mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez. O ponto alto da lei é a regulamentação do procedimento para menores de 16 anos com o consentimento do representante legal ou na falta dele, de qualquer parente em linha colateral.

Nota-se que as legislações destacadas são precedidas de estudos médicos e de assistência social. Em diversos outros países também há o limite temporal para interrupção da gestação, de maneira a garantir que o procedimento seja realizado de forma segura para a mulher e ao feto. Houve significativa redução da mortalidade em decorrência de procedimentos inseguros, uma vez que ao garantir o procedimento lícito com acompanhamento médico, além de assegurar o direito à mulher, o Estado passa a implementar políticas de saúde pública com eficácia.

Dessa forma, é imperioso destacar que os países citados, ao legislarem acerca da temática em questão, optaram por beneficiar a mulher e o seu direito de escolha, pois entenderam que o Estado não pode intervir de forma acirrada na tomada de decisões do ser humano. Assim, faz-se necessária a alteração legislativa, de forma a garantir a proteção aos direitos das mulheres que irá influenciar diretamente no impacto causado à saúde, prevenindo a busca pelo procedimento de forma precária.

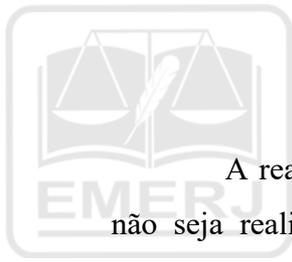
CONCLUSÃO

É notório que o tema analisado no presente artigo científico possui enorme relevância social, sendo certo que ultrapassa a esfera somente do direito e afeta principalmente as relações interpessoais na sociedade.

As relações sociais estão em constante mudança e tais alterações muitas vezes não se coadunam com as legislações vigentes. Com a temática relacionada ao aborto não seria diferente.

Ao longo dos anos, com o amadurecimento da sociedade foi possível perceber uma alteração substancial no conceito relacionado aos direitos das mulheres e aos limites que deveriam ser impostos na atuação do Estado. Tais limites estão em fase de delimitação, porém ainda há muito que ser estudado, razão pela qual a pesquisa apresentada se faz necessária.

Nota-se que o interesse do Estado vem se sobrepondo aos interesses pessoais das mulheres, de maneira a retirar o direito da tomada de decisão sobre uma questão tão importante, qual seja, o momento ideal para manter uma gestação até o resultado, qual seja, gerar uma criança.



A realidade social mostra que a vedação ao aborto não garante que o procedimento não seja realizado. Na prática, milhares de procedimentos abortivos são realizados por mulheres em todas as classes sociais, porém os dados apontam que o impacto é maior nas classes inferiores, fato que traduz a ineficácia da lei.

Como observado, a legislação atual apenas ocasiona a prática do aborto de forma precária, fato que somente é verificado após a ocorrência de complicações médicas decorrentes das clínicas ilegais que ainda realizam o procedimento. Dentro dessa esteira, verifica-se que o legislador ao assegurar o direito à vida do feto, deixou de observar que antes da vida uterina deve ser garantido o direito à liberdade e a dignidade da mulher.

Em sentido oposto aos movimentos sociais de liberdade do corpo humano, do empoderamento feminino e até da segurança gestacional, a Proposta de Emenda à Constituição nº.181/2015 representa o retrocesso jurídico no tema em voga.

Ao propor a análise em conjunto a Proposta de Emenda à Constituição nº58/2011, o legislador pretende a extensão dos direitos da pessoa humana ao feto, desde o momento da sua concepção. Em que pese em um primeiro momento o objetivo tenha sido a garantia da licença-maternidade em partos prematuros, o legislador, numa fria análise, fará com que as hipóteses de aborto já legalizadas, sejam declaradas inconstitucionais.

Como destacado, a Proposta de Emenda à Constituição segue na contramão do que preceitua as legislações de diversos outros países, tais como Estados Unidos da América, Uruguai e Portugal, dentre outros. Estudos apresentados comprovam que nos países em que houve a legalização do aborto não houve um aumento substancial nos procedimentos realizados e houve uma redução significativa nos procedimentos emergenciais pós-abortivos.

Deve ser considerado ainda que, a vedação do direito ao aborto de forma total e genérica significará a violação de direitos inerentes à disposição do corpo, direitos sexuais e reprodutivos da mulher, assim como traduzirá uma verdadeira limitação estatal no planejamento familiar, o que por si só já caracterizará uma afronta aos direitos fundamentais da pessoa.

Dessa forma, é possível afirmar que a alteração pretendida traduz um excesso estatal na interferência na vida privada. Ficou evidente nesta pesquisa que a vedação legal ao aborto não é a solução para a redução dos procedimentos ilegais. Por essas razões, torna-se claro que a proposta do autor neste artigo consiste na tese de que não há outra solução a ser aplicada ao tema senão a legalização do aborto como forma de reconhecimento dos direitos fundamentais da mulher à disposição do seu próprio corpo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE. Alvaro. *Abortos no Uruguai crescem, mas mortalidade de gestantes é a menor da América Latina*. Disponível em: <<https://vos.social/yo-no-soy-de-aqui/abortos-no-uruguai-crescem-mas-mortalidade-de-gestantes-e-menor-da-america/>>. Acesso em: 09 set. 2018.

BRASIL. Câmara Municipal dos Deputados. *Ficha de tramitação PEC N.º. 181/2015*. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. *Código Penal Brasileiro*. Decreto lei n.º. 2848, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Representantes do Ministério da Saúde apresentam impacto do aborto no Brasil*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385629>>. Acesso em: 02 set. 2018.

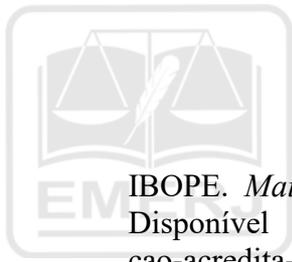
CONJUR. *Criminalização Prejudicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-29/interromper-gestacao-mes-nao-aborto-turma-stf>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

EL PAIS. *Senado da Argentina diz 'não' à legalização do aborto e país fica com lei de 1921*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/09/internacional/1533774575_136008.html>. Acesso em: 09 set. 2018.

EUA. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Roe v. Wade, 410 US 113 (1973)*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 09 set. 2018.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Taxa de bebês prematuros no país é quase o dobro do que em países da Europa*. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/taxa-de-bebes-prematuros-no-pais-e-quase-o-dobro-do-que-em-paises-da-europa>>. Acesso em: 02 set. 2018.

GUTTMACHER INSTITUTE. *Aborto induzido em todo o mundo*. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-worldwide>>. Acesso em: 09 set. 2018.



IBOPE. *Maioria da população acredita que as mulheres devem decidir sobre o aborto*. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/maioria-da-populacao-acredita-que-as-mulheres-devem-decidir-sobre-o-aborto/>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

LEÃO, Bruna. *O Aborto masculino é legalizado*. Disponível em: <<http://www.naomekahlo.com/single-post/2015/02/18/O-Aborto-Masculino-%C3%A9-Legalizado>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Rio de Janeiro. *Em nota oficial, comissão repudia nova redação da PEC 181/15*. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/noticia/110057-em-nota-oficial-comissao-repudia-nova-redacao-da-pec-18115>>. Acesso em: 02 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. *Agências da ONU divulgam nota sobre PEC 181/15*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencias-da-onu-manifestam-preocupacao-com-pec/>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

PORTUGAL. *ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Lei n.º 16/2007*. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/519464/details/maximized>>. Acesso em: 09 set. 2018.

URUGUAI. *Interrupción Voluntaria del Embarazo*. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes?Ly_Nro=18987&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmin%5D%5Bdate%5D=&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmax%5D%5Bdate%5D=&Ltemas=&tipoBusqueda=T&Searchtext=>>. Acesso em: 09 set. 2018.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO À LUZ DAS DECISÕES FUNDAMENTADAS DOS JUÍZES NO QUADRO FÁTICO DO SISTEMA PRISIONAL

Bianca Santoro Fonseca

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – A temática abordada no presente trabalho é o sistema prisional brasileiro que se apresenta como um estado de coisas inconstitucional. Diante deste cenário, mostra-se a fundamental importância da intervenção do Poder Judiciário e em última análise, de sua atuação no âmbito social, político e jurídico. A razão da APF 347 é o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro que visa a promover medidas e ações para os três poderes. Essa atuação do Poder Judiciário caracteriza-se como judicialização e não ofende o princípio da separação dos três poderes. Fundamenta-se no sistema de freios e contrapesos. A atuação do Poder Judiciário possui como finalidade a preservação dos direitos e garantias fundamentais e o Estado Democrático de direito.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Sistema prisional. Sistema de direitos fundamentais.

Sumário – Introdução. 1. O poder do Supremo Tribunal Federal de retirar o Poder Judiciário da inércia, coordenar as ações e buscar solucionar o quadro fático do sistema prisional. 2. O diálogo constitucional entre os poderes e a problemática enfrentada pelo sistema de freios e contrapesos dos três poderes ante o quadro fático do sistema prisional. 3. A fundamental importância de se assegurar a dignidade da pessoa humana e a preservação do Estado Democrático de Direito no quadro fático do sistema prisional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do sistema penitenciário brasileiro que apresenta condições desumanas e degradantes com grave ofensa a tutela dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Existem falhas estruturais e um sistema carcerário completamente adverso as prerrogativas constitucionais direcionadas à proteção da dignidade da pessoa humana, tais como: superlotação; insegurança física; mental e emocional dos aprisionados, dificuldade de acesso à justiça; a jurisdição; a condições básicas de saúde; educação; trabalho e reinserção à sociedade, em última análise.

A doutrina e principalmente a jurisprudência sustentam que todo esse quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, configuram a situação inconstitucional denominada como estado de coisas inconstitucional.

Neste cenário, fazem-se necessárias medidas para sanar ou ao menos melhorar esse estado de coisas audiência inconstitucional. Sendo essas medidas tanto de natureza



administrativa, de gestão de finanças públicas, de atuação dos três poderes, e do próprio poder judiciário por meio do melhor acesso à jurisdição como a de custódia, ou por meio de decisões dos juízes devidamente fundamentadas quanto as sentenças condenatórias de prisão em regime fechado e quanto às medidas cautelares.

Nesse sentido, o presente trabalho, no primeiro capítulo irá buscar aprofundar-se no debate a respeito do poder do Supremo Tribunal Federal de retirar o Poder Judiciário da inércia, de coordenar as ações e buscar solucionar o quadro fático do sistema prisional, o que pode ser caracterizado como verdadeiro ativismo judiciário ou jurisdicionalização. E ainda, se tal atuação resolveria a inviolabilidade dos direitos humanos dos encarcerados.

Além disso, também será discutido no segundo capítulo se o diálogo entre os poderes e a problemática enfrentada pelo sistema de freios e contrapesos dos três poderes à luz do cenário prisional quanto a atuação dessas autoridades seria inconstitucional e se violaria a separação dos três poderes.

Por último, no terceiro capítulo, outra questão importante que norteará o tema será pelo reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário sendo visto como uma medida necessária e suficiente para se assegurar a dignidade da pessoa humana, o direito a preceitos constitucionais fundamentais e a consequente preservação do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, o presente trabalho possuirá como questão norteadora o quadro fático degradante do sistema prisional brasileiro e seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal como o estado de coisas inconstitucional. Assim, o objetivo do presente estudo é analisar a atuação do Poder Judiciário neste cenário para solucionar ou ao menos amenizar essa grave crise humanitária, sob o ponto de vista se tais condutas e medidas sugeridas pelo Supremo Tribunal Federal caracterizam ofensa ao princípio da separação dos três poderes, bem como, um ativismo judicial.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador irá 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 argumentativamente. Posteriormente, será preciso se utilizar do método explicativo, a fim de encontrar as respostas para as questões formuladas no início da pesquisa.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente e temática em



foco analisada e fichada na parte exploratória da pesquisa (legislação, artigos, jurisprudência) para sustentar sua tese.

1. O PODER DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE RETIRAR O PODER JUDICIÁRIO DA INÉRCIA, COORDENAR AS AÇÕES E BUSCAR SOLUCIONAR O QUADRO FÁTICO DO SISTEMA PRISIONAL

O Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou ADPF¹, em maio de 2015, requerendo que o Supremo Tribunal Federal declare que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos. E que como consequência desse reconhecimento, requer que a Suprema Corte determine aos entes públicos e poderes que realizem uma série de condutas com o objetivo de sanar essa situação atual.

Nesse ponto, surge uma problemática, em razão da atuação do Supremo Tribunal Federal em coordenar as ações e buscar solucionar o quadro fático do sistema prisional, pois caracteriza-se como uma espécie de ativismo judiciário com a finalidade de resolver às lesões dos direitos humanos dos encarcerados.

O ativismo judicial e a judicialização são conceitos jurídicos que na sua essência são bem próximos, porém distintos. A judicialização ocorre quando existe uma decisão judicial, isto é, quando um fato permite uma aplicação de um modelo constitucional ou uma aplicação da Constituição Federal ao fato. Enquanto o ativismo judicial diz respeito a escolhas e decisões judiciais de modo proativo que denota uma atuação do judiciário além do seu alcance ou pretensão outorgada pela Constituição Federal.

Segundo Barroso², o estudo dos conceitos pode ser definido da seguinte forma: “a ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. No que diz respeito a judicialização, Barroso³ entende que: “a judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. ”.

¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=299385>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

²BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(SYN)THESIS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 6, 2012.

³Ibid.



Nesse sentido, a intenção de se reconhecer o estado de coisas inconstitucional no Estado brasileiro é de se permitir aos Poderes Públicos a tomada de ações necessárias para o afastamento dessas lesões que afetam diretamente os direitos fundamentais dos encarcerados.

Para isso é considerado o grau de intervenção judicial nesse quadro fático, de maneira que se essas condições se fazem presentes e são notórias no sistema prisional brasileiro, é juridicamente viável e legítima a atividade do Supremo Tribunal Federal por meio desta arguição.

Essa intervenção judicial esbarra no preceito constitucional de separação dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário, isto é quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal ao substituir esses poderes, exercendo o ativismo judicial.

No caso em análise, no julgamento da medida liminar da ADF nº 347⁴ o Supremo Tribunal Federal assumiu o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenando ações e monitorando os resultados alcançados. Logo, essa postura do Supremo não ficou caracterizada como ativismo judicial com a intervenção permitida para se preservar a dignidade da pessoa humana e proteger em última análise, o Estado Democrático de Direito.

Ademais, o quadro fático apresentado no sistema prisional brasileiro requer que a responsabilidade para sanar essas lesões e mudar esse cenário não seja atribuída apenas a um único e exclusivo Poder, mas aos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, e não só a um ente estatal como a União, mas, sim a todos os Estados e ao Distrito Federal.

As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades apresentado, aliado a má cooperação dos entes públicos que não conseguem preservar os direitos fundamentais dos presos a ponto de se permitir a reinserção deles à sociedade.

Não é de incumbência, portanto, do Supremo Tribunal Federal, ainda que promova as orientações das ações necessárias, ele não poderá definir o conteúdo próprio dessas políticas, determinar detalhes dos meios necessários a serem empregados, pois essas condutas seria uma afronta a separação dos poderes.

A ADPF nº 347⁵, apregoa como deve ser a postura do Supremo Tribunal Federal ao atuar neste cenário:

Retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas.

⁴ BRASIL. op.cit.nota 01.

⁵ Ibid.



Ademais, o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no artigo 102, da Constituição Federal⁶. E sendo sabido que as questões atinentes ao sistema penitenciário nacional há muito se apresentam como uma problemática institucionalizada tanto na política quanto na própria sociedade, são necessários estímulos urgentes aos poderes dos Executivo e Legislativo.

Dessa maneira, a Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal ao expressamente determinar o controle de constitucionalidade, preceituado no artigo 102 da Constituição Federal⁷, o que acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, como também adquirisse novas e significativas atribuições e prerrogativas, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e no controle da omissão inconstitucional.

Assim, pode-se concluir, dessa maneira que o Supremo Tribunal Federal ao sugerir medidas e ações, não estaria agindo com ofensa a separação dos três poderes, bem como, no exercício do denominado "ativismo judicial", mas, sim em prol da preservação dos direitos e garantias individuais dos encarcerados, assegurando a possibilidade de reinserção deles à sociedade, isto é, trazer a efetividade que o Poder Judiciário é o último guardião desses direitos e o Supremo Tribunal Federal o órgão que permite o exercício da morada dessas garantias constitucionais.

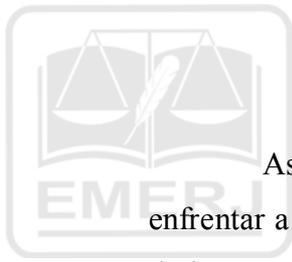
2. O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES E A PROBLEMÁTICA ENFRENTADA PELO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS DOS TRÊS PODERES ANTE O QUADRO FÁTICO DO SISTEMA PRISIONAL

O cenário no qual se apresenta o sistema prisional possui, como o cerne de toda a questão, a evidente dificuldade do ente estatal, isto é, do Executivo de realizar um gerenciamento das políticas públicas e de fornecer um sistema prisional capaz de executar de modo adequado as normas da Lei de Execução Penal.⁸

⁶BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

⁷ Ibid.

⁸BRASIL. *Lei n° 7210/84*, de 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.



As verdadeiras razões para as dificuldades enfrentadas pelo Poder Executivo em enfrentar a problemática do sistema prisional, podem ser variadas, como por exemplo, a falta de interesse do Estado em priorizar os gastos dos orçamentos públicos para a implementação de melhorias das condições de cumprimento da pena no sistema prisional. Já foi abordado aqui a questão da superlotação do sistema prisional, razão pela qual foi proposta a ADPF nº347⁹ que possui como finalidade a atuação do Supremo Tribunal Federal em determinar uma série de ações aos três poderes para solucionar a problemática.

Nesse ponto, cabe ressaltar a importância do Poder Judiciário em atuar nessa problemática, mas que sua atuação não seja isolada, pois uma atuação isolada do Poder Judiciário acabaria por caracterizar plena violação da separação dos poderes.

A proposta de atuação do Poder Judiciário na referida ADPF nº 347¹⁰ possui limitações no seu campo de atuação. E um dos argumentos utilizados pelo Poder Executivo para limitar a atuação do Poder Judiciário é a “reserva do possível”. A cláusula da “reserva do possível” é frequentemente avocada pelo Estado com a finalidade de imiscuir-se de políticas públicas, e uma dessas políticas públicas é o sistema carcerário.

Para melhor compreensão da cláusula da “reserva do possível”, faz-se necessária uma breve explicação de como deve ser utilizada a referida cláusula, sem que o ente público faça uso dela de maneira inapropriada. Para isso, é importante fazer menção ao julgado, RE 592581/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 13.8.2015. (RE-592581)11, do Ilustre Ministro Ricardo Lewandowski que apregoa:

A reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental. A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia.

Desse modo, pode ser compreendido que para fazer-se uso da cláusula da “reserva do possível” é necessário um justo motivo que demonstre claramente a impossibilidade financeira do ente público de realizar as políticas públicas, tendo em vista o mínimo existencial dos direitos e garantias fundamentais.

⁹BRASIL. op. cit. nota 01.

¹⁰Ibid.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 592581/RS*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 02 set. 2018.



Assim, em face da inércia da atuação do ente público, pode haver conflito de princípios constitucionais e ofensa à separação dos poderes. A ofensa ao sistema de freios e contrapesos, bem como a separação dos poderes, estará caracterizada quando o Poder Judicial determinar ações que ultrapassem as possíveis prerrogativas do Poder Executivo em executar atos administrativos carregados de discricionariedade conveniência e oportunidade. Ou seja, cabe ao Poder Judiciário, neste ponto, apenas exercer o controle de legalidade aferindo a legalidade e validade do ato administrativo.

Ao mesmo tempo, quando o ente público se mostrar inerte, cabe ao Poder Judiciário determinar ações que possibilitem o fornecimento do mínimo existencial, como a execução de obras emergenciais nos sistemas prisionais, bem como, a possibilidade de os juízes proferirem decisões com medidas alternativas à prisão.

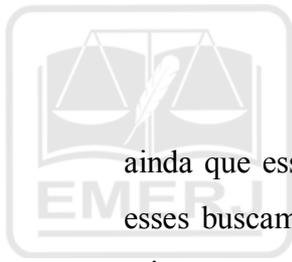
Neste diapasão, cabe ressaltar ainda que a dotação orçamentária determina que o orçamento do ente público proposto pelo Poder Executivo deve ser aprovado pelo Poder Legislativo e que o referido orçamento não possui caráter obrigatório, isto é, vinculativo, o que permite que medidas sejam tomadas sem ferir diretamente a dotação orçamentária, de maneira, que medidas urgentes sejam determinadas pelo Poder Judiciário sem comprometer diretamente a dotação orçamentária do ente público.

Logo, tais medidas visam dar concretude ao direito violado e, em última análise, concretizar a força normativa da Constituição, preservando o núcleo existencial dos direitos e garantias fundamentais, sem que, no entanto, tal determinação judicial seja caracterizada como uma substituição da atuação do Poder Executivo pelo Poder Judiciário, isto é, sem caracterizar um juiz gestor da ordem pública.

Assim, quando o Poder Judiciário atua para garantir o direito constitucional, no presente estudo, para garantir o direito do preso à sua integridade física e moral não estará violando o sistema de freios e contrapesos, ao contrário, estará atuando de acordo com as escolhas políticas, orçamentárias e judiciais para o cumprimento da exigência constitucional.

Pode-se entender que existe um verdadeiro diálogo entre os poderes constitucionais que atuam constitucionalmente, de maneira que as ordens judiciais tendem à implementação da política pública essencial à garantia dos direitos fundamentais, devendo se pautar sempre pelos critérios constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade em suas decisões.

Desse modo, as normas constitucionais não podem ser encaradas como normas de conteúdo programático, de eficácia limitada, ao contrário, devem ser encaradas como normas de aplicação imediata de maneira que direitos fundamentais dos indivíduos sejam preservados,



ainda que esses indivíduos sejam os presos que cumprem pena nos sistemas prisionais, pois esses buscam serem reinseridos na sociedade e a prisão deve ser encarada como medida de reinserção e ressocialização do preso à sociedade, e não, como um ambiente omissivo dos direitos e garantias fundamentais.

O sistema prisional não pode ser a caracterização de um Estado de Coisas Inconstitucional em que direitos e garantias fundamentais não existem, e, em que os indivíduos possam ser tratados de maneira desumana e sem condições mínimas de existência.

Sendo assim, pode-se entender que o Poder Judiciário tem legitimidade democrática para intervir e superar as inércias do Poder Executivo que permitem a ocorrência de grave ofensa aos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, percebe-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência sustentam que no Brasil é vivenciada uma série de atos comissivos e omissivos dos três poderes constitucionais que configuram o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro e que atuação conjunta dos três poderes se faz necessária para a preservação dos direitos e garantias constitucionais do indivíduo que cumpre pena no sistema prisional brasileiro, de modo que a finalidade do artigo 59 do Código Penal¹² seja alcançada, qual seja, que a pena funcione como medida de prevenção e reprovação do crime.

3. A FUNDAMENTAL IMPORTÂNCIA DE SE ASSEGURAR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PRESERVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO QUADRO FÁTICO DO SISTEMA PRISIONAL

O sistema prisional brasileiro se apresenta para sociedade como um sistema completamente diverso do que seria necessário para se alcançar os ditames legais previstos no Código Penal¹³, tendo em vista que, embora a lei positivada determine que o sistema prisional possua como finalidade que a pena sirva como medida de prevenção e reprovação do crime. As condições fornecidas pelo Poder executivo são muito diversas desses ditames legais.

Conforme já exposto neste presente trabalho, as prisões se apresentam com celas superlotadas, imundas e insalubres, com possível proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos,

¹²BRASIL. *Decreto-lei* nº 2.848/40, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹³Ibid.

praticadas dentro das celas do sistema prisional, mediante ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho como finalidade de reinserção social.

Enfatiza-se ainda neste cenário, ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos.

Ademais, aos presidiários não é assegurado o direito constitucional da audiência de custódia, assim como, permite-se a mistura entre presos com graus diferentes de periculosidade que em razão da falta de organização estrutural e de atuação de políticas públicas dos órgãos administrativos enseja em dificuldade ainda maior de se promover a ressocialização dos presos, o que ofende em última análise o princípio da pessoalidade da pena, com fulcro no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal.¹⁴

Outra situação muito comum nos sistemas prisionais é o uso abusivo da prisão preventiva, por fragmentações e fraqueza do Poder Judiciário que banaliza a adoção da medida constritiva antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o que ocasiona como consequência a ausência de separação dos presos provisórios e os definitivos.

Destaca-se ainda a falta de preparo para os grupos de minoria, isto é, o encarceramento inadequado para as mulheres e mulheres grávidas, por exemplo.

Apresenta-se nesse referido grupo o sofrimento das mulheres encarceradas, ante a ausência de estabelecimento próprio e adequado, em razão de não existirem berçários e locais destinados à gestante ou ainda de creches para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. Frise-se ainda a falta de cuidados com a saúde das gestantes presas que não possuem acompanhamento médico, no pré-natal e no pós-parto, ou até mesmo ao recém-nascido.

Todo esse cenário, resumidamente descrito, demonstra a ausência de condutas ou de atitudes desorganizadas promovidas pelo Poder Executivo responsável em gerir políticas públicas direcionadas ao sistema prisional.

Desse modo, o quadro fático revela-se completamente incompatível com a Constituição Federal, em virtude de se demonstrar clara ofensa à diversos preceitos fundamentais considerados constituidores da dignidade da pessoa humana, (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal); como a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal); da proibição a sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”, da Constituição Federal), assim como a necessidade de se impor o

¹⁴BRASIL. op. cit., nota 06.



cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, com conseqüente individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal) , do cumprimento da pena de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII, da Constituição Federal), o que se assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal) e o que prevê a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), todos esses direitos fundamentados nas garantias de acesso à saúde, educação, alimentação adequada e acesso à Justiça ¹⁵.

Neste diapasão, todo esse conjunto de condutas omissivas ou comissivas do Poder Executivo, configura o denominado pela Corte Constitucional da Colômbia de “Estado de Coisas Inconstitucional”, com conseqüente necessidade de intervenção de um ou dos demais poderes para se assegurar os direitos e garantias constitucionais e preservação do Estado Democrático de Direito.

Ao longo desse trabalho, fora apresentado a atuação do Supremo Tribunal Federal, como garantidor da Constituição Federal em prol de intervenções do Poder Judiciário com a finalidade de promover, isto é, de determinar uma série de medidas de naturezas urgentes e necessárias para se afastar e modificar todo esse cenário acima exposto.

A ADPF nº 347¹⁶, ajuizada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL) elenca como medidas necessárias, em síntese:

Elaboração e implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; realização das audiências de custódia; fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, a fim de reduzir o número de prisões provisórias; consideração do “estado de coisas inconstitucional” quando da aplicação e execução da pena.

Ressalta-se que foram requeridas em sede liminar na referida ADPF, ao total, oito medidas caracterizadas como necessárias e urgentes, direcionadas principalmente aos juízes e tribunais, assim como, à União e ao Conselho Nacional de Justiça. No mérito foram requeridas 10 medidas fundamentais, sendo essas direcionadas ao Conselho Nacional de Justiça, à Procuradoria Geral da República, à Defensoria-Geral da União, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que são considerados como extremamente importantes para alteração desse quadro fático.

¹⁵BRASIL. op.cit., nota 06.

¹⁶BRASIL. op.cit., nota 01.

Desse modo, todas essas medidas, sejam de natureza liminar, ou de mérito, requeridas na referida ADPF possuem como finalidade a interpretação, com consequente aplicação das leis penais e processuais previstas em normas positivadas de eficácia imediata no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a minimizar a crise carcerária, a fornecer de forma eficiente condições de acesso a direitos básicos, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura a todos os cidadãos.

Assim, sem segregar os que descumpriram preceitos e normas, isto é, os presidiários que não podem ser tratados à margem da sociedade, sendo lhes mantidas as suas garantias constitucionais.

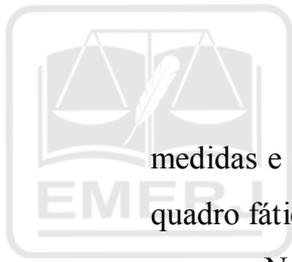
Portanto, todos os preceitos e normas constitucionais acima expostos configuram e dão suporte ao Estado Democrático de Direito, sendo esse constituído pela atuação legítima e harmônica dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário que atuam com o comprometimento de fornecerem e assegurarem à todos os cidadãos políticas públicas básicas e necessárias como acesso à saúde, educação, alimentação adequada e à justiça, com consequente intangibilidade de direitos e valores jurídicos, econômicos e sociais, sem discriminação à qualquer grupo minoritário pertencente à sociedade brasileira.

Por fim, sendo preservada a Constituição Federal, guardiã de todas normas e garantias de direitos fundamentais dos cidadãos será em última análise, reconhecido e preservado o Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou do quadro fático apresentado pelo sistema penitenciário brasileiro que apresenta falhas estruturais e organizacionais na sua gestão que como consequência apresenta condições desumanas e degradantes no que concerne aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, como a ausência de preservação da dignidade da pessoa humana, integridade física, mental, emocional dos presidiários, dificuldade de acesso à justiça, a jurisdição, educação, saúde e trabalho, bem como, em última análise, a falta de possibilidade de reinserção dos presidiários à sociedade.

Ante a este cenário, foi estudado a ADPF nº 347, proposta pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), que requereu ao Supremo Tribunal Federal a necessidade de ser reconhecido o estado de coisas inconstitucional, ou seja, que fosse concedido uma série de



medidas e condutas pelos três poderes com a finalidade de melhorar, e até mesmo sanar esse quadro fático atual.

Neste diapasão, como abordado no presente trabalho, embora a atuação do Supremo Tribunal Federal pudesse ser considerada um ativismo judicial, de acordo com os estudos capitaneados pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, a referida atuação seria na verdade uma judicialização, isto é, um grau de intervenção judicial de maneira legítima e viável, dentro das prerrogativas do próprio Supremo Tribunal Federal, com consequente aplicação das normas cogentes de eficácia imediata.

Nota-se que as normas constitucionais de aplicação imediata permitem a atuação do Supremo Tribunal Federal para sugerir medidas e ações a qualquer um dos três poderes, sem que isso caracterize ofensa ao princípio de separação dos poderes, muito pelo contrário, a atuação do Poder Judiciário neste cenário visa a concretizar e trazer efetividade aos direitos e garantias individuais.

Ocorre que na prática, a realidade social permite-se compreender que o Poder Executivo enfrenta dificuldades para realizar um gerenciamento das Políticas Públicas, mas que as verdadeiras causas para essa atuação desestruturada podem ser variadas, e, que em verdade releva a importância da atuação do Poder Judiciário no caso em comento.

Aliás, o presente trabalho demonstrou que o ordenamento jurídico adotou como fundamento o sistema de freios e contrapesos o qual permite a atuação do Poder Judiciário, sem que cláusulas, como a cláusula da reserva do possível impeça sua atuação. Pois, diante de normas constitucionais de eficácia imediata, os direitos e garantias fundamentais precisam ser preservados, afastando assim, a cláusula da “reserva do possível” como argumento utilizado pelo Poder Executivo para se imiscuir na concretização de políticas públicas.

Logo, sem justo motivo, claramente definido, não é possível a omissão da atuação do ente público, sob o argumento de recursos financeiros insuficientes, frente a clara necessidade de se aplicar o mínimo existencial dos direitos e garantias constitucionais, como o direito à vida, a integridade física e o acesso à justiça dos presidiários.

Desse modo, ao longo do trabalho ficou demonstrado a ausência de condutas ou de atitudes desorganizadas promovidas pelo Poder Executivo responsável em gerir políticas públicas direcionadas ao sistema prisional, com consequente necessidade de se preservar direitos constitucionais, como a audiência de custódia, o uso abusivo da prisão preventiva, a falta de preparo para os grupos de minoria, como as mulheres grávidas e as próprias mulheres, enfim, o quadro fático revela-se completamente incompatível com a Constituição Federal, em



virtude de clara ofensa à diversos preceitos fundamentais considerados constituidores da dignidade da pessoa humana, (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal).

Desse modo, todas essas medidas requeridas na referida ADPF 347, sejam de natureza liminar, ou de mérito, exemplificam e caracterizam a atuação do Poder Judiciário na concretização de determinadas condutas do ente público na necessidade de se assegurar o fornecimento de políticas públicas fruto de previsões de direitos e garantias constitucionais previstas em normas de natureza cogentes de eficácia imediata que devem ser aplicadas, sem possibilidade de aplicação de clausulas que permitam a omissão do Poder Público.

Como destacado, o quadro fático demonstra os presidiários à margem da sociedade, o que caracteriza uma contrariedade explícita das finalidades do ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente do Código Penal, que prevê expressamente que a pena busca assegurar a punição e a reinserção do apenado, isto é, a finalidade da norma é a prevenção e reprovação do crime, e para que essas finalidades sejam alcançadas é necessário um sistema em que a dignidade da pessoa humana seja preservada.

Dentro dessa esteira, o presente artigo ao propor a análise da atuação do Poder Judiciário, deixa claro que sua atuação é necessária para garantir o cumprimento da lei, de maneira a preservar os direitos e garantias violados, preservando-se assim, a Constituição Federal.

Como destacado, as decisões do Poder Judiciários são devidamente fundamentadas e não caracterizam ofensa ao princípio de separação dos poderes, bem como, não caracterizam um ativismo judicial, mas sim uma atuação de acordo com o sistema de freios e contrapesos e uma judicialização do judiciário ante as suas decisões.

Em última análise, o principal argumento usado neste trabalho é que a atuação do Poder Público não pode ocorrer de maneira isolada, isto é, atuando somente um dos poderes da União, mas sim, que diante desse quadro fático resumidamente demonstrado, impera-se a atuação harmônica e coordenada dos três poderes que juntos possam agir de maneira a preservar a dignidade da pessoa humana e proteger o Estado Democrático de Direito.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal atuou fundamentado no princípio da inafastabilidade jurisdicional ante a lide apresentada, e, buscou solucionar o estado de coisas inconstitucional presente no sistema prisional brasileiro, propondo medidas e atuações coordenadas dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciários, sem ofender o princípio de separação dos poderes, garantindo assim, os direitos e garantias fundamentais dos presidiários e de toda a sociedade.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(SYN)THESIS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-29, 2012.

_____.Neoconstitucionalismo e o Constitucionalização do Direito. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____.Código Penal. *Decreto-lei n° 2.848/40*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 15 abr.2018.

_____.Lei de execução penal. *Lei n° 7210/84*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____.Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=299385>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____.Supremo Tribunal Federal. *RE 592581/RS*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 02 set. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPUDIM, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 17 mar.2017.

REFLEXÕES SOBRE A PESSOA TRANSEXUAL E O USO DE BANHEIROS COLETIVOS

Brenda de Farias Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – O Brasil possui dificuldades na abordagem política-legislativa quanto aos interesses de transexuais, o que incita reflexões. Recentemente, após decisão da Suprema Corte, passaram a ser tratadas como pessoas dotadas de dignidade. Entretanto, isso é apenas um passo evolutivo à proteção de seus anseios, eis que permanece no limbo posicionamento a respeito do tratamento social que lhes deve ser concedido. Assim, busca-se no presente trabalho analisar a possibilidade de uso de banheiros destinados ao sexo com o qual se identificam, sem possibilidade de restrição por terceiros.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Dignidade da Pessoa Humana. Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais. Transexuais. Uso de Banheiro Coletivo.

Sumário – Introdução. 1. A demanda transexual e a importância da dignidade da pessoa humana para sua fundamentação. 2. A evolução da aplicabilidade dos direitos fundamentais e o trato da pessoa transexual. 3. A ponderação de interesses quanto ao uso do banheiro coletivo por pessoa transexual. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a possibilidade de restrição de uso de banheiros coletivos por transexuais quando destinados ao sexo com o qual se identificam. Neste sentido, procura-se investigar se existe direito fundamental que sustente o tratamento destinado a eles pela sociedade civil como pertencentes a gênero diverso daquele atribuído quando do nascimento. Por conseguinte, visa-se perquirir se isso culminaria em restrição indevida de direitos das demais pessoas em sociedade.

O tema enseja controvérsias, merecendo atenção, principalmente, em razão de ainda estar pendente de análise no Supremo Tribunal Federal recurso com repercussão geral reconhecida que deverá fixar tese sobre a matéria. Assim, para melhor compreensão do tema, primeiramente, procura-se delimitar quem são as pessoas transexuais bem como o contexto histórico-social em que seus anseios estão inseridos. Paralelamente, visa-se identificar a relação que a dignidade da pessoa humana assume neste panorama, principalmente, após



recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de mudança de nome e sexo em registro civil sem necessidade de cirurgia de transgenitalização.

A partir disso, num segundo momento, pretende-se esclarecer o grau de aplicabilidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro correlacionado à tutela de direitos de transexuais. Por fim, se buscará fazer ponderação entre os interesses envolvidos no caso de utilização de banheiros coletivos por transexuais, a fim de identificar se é possível a restrição de acesso por estes de maneira constitucional, sem olvidar apontamentos quanto à relevância do papel do Supremo Tribunal Federal e do Poder Judiciário como um todo no enfrentamento da questão.

Portanto, a pesquisa será desenvolvida pelo procedimento bibliográfico e far-se-á uma abordagem qualitativa, porquanto para a sustentação da tese, pretende-se utilizar de bibliografia pertinente ao tema em foco, além de privilegiar o aspecto exploratório na análise da Constituição Brasileira de 1988, da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

1. A DEMANDA TRANSEXUAL E A IMPORTÂNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA SUA FUNDAMENTAÇÃO

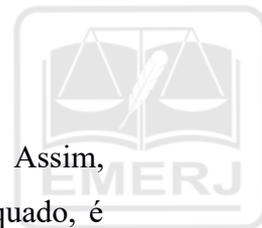
Transexual é o termo utilizado amplamente para se referir à pessoa que “recorre à prática das transformações corporais para atender a seu desejo de viver e ser identificada como pessoa do sexo oposto ao seu biológico”¹. Neste sentido, importante indicar que o termo transexualismo remonta à medicina desenvolvida a partir da primeira metade do Século XX, em especial com os estudos de John Money e Harry Benjamin², indicando-o como doença mental na qual a pessoa acometida vivência intensa inadequação entre sua identidade de gênero e seu sexo biológico³.

Como aduz Maria Berenice Dias, “caracteriza-se por um forte conflito entre o corpo e a identidade de gênero [...], o transexual sente-se como se tivesse nascido no corpo errado,

¹VENTURA, Miriam. *A Transexualidade no tribunal: saúde e cidadania*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2010, p. 10-11.

²VENTURA, op. cit., p. 74-76.

³Quanto à expressão gênero, neste artigo buscou-se utiliza-la como forma pela qual a sociedade comumente concebe o que é ser homem e mulher, nas práticas cotidianas arraigadas, distinguindo-se da expressão “sexo”, que se divide em feminino e masculino, determinado pelo fator biológico. No mais, a expressão identidade de gênero foi tomada como expressão do fenômeno no qual o indivíduo se reconhece como pertencente a algum gênero, independentemente do seu sexo.



como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita”⁴. Assim, considerando pertencer a sexo diverso do biológico, possuindo órgão sexual inadequado, é comum que deseje extirpá-lo, além de realizar mudanças corporais para se apresentar mais condizente com o gênero com o qual psicologicamente se identifica. Por tal motivo, os estudiosos da época chegaram à conclusão de que a diminuição dos seus sintomas de sofrimento psicológico seriam apenas atenuados ou findos a partir de terapia hormonal e de realização de cirurgias, embrionárias, de mudança de sexo.

Marcadas pelo liberalismo da época, as Constituições não se imiscuíam nas relações privadas, que eram disciplinadas especialmente pelos Códigos Civis e leis esparsas, primando pela proteção da segurança jurídica, vital aos interesses da burguesia. Embora já pudessem indicar direitos fundamentais, resumiam-se estes a limitações ao Poder Estatal, impondo dever de abstenção. Apesar dos direitos fundamentais já serem marcados pela perspectiva subjetiva⁵, não se reconhecia, neste contexto, direito ao transexual ser tratado pelo Estado como pertencente a sexo diverso do biológico, em regra. Ora, isso era tido como ofensa à segurança jurídica das relações privadas, bem como havia forte oposição de cunho religioso, já que, por vias transversas estaria se incitando o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, infringindo aos postulados de casamento e de família tradicionais.

Portanto, aos transexuais foi relegada marginalização, sob o discurso de que, em decorrência do acometimento mental, não estariam em pleno juízo de suas faculdades psíquicas, impossibilitando seu pleno convívio em sociedade, pois nela não se enquadrariam. Assim, eles foram estigmatizados, sofrendo intervenções e interdições de toda ordem em suas vidas civis pelo Estado, sobretudo embasadas pela necessidade de medicalização do desvio⁶ que os acometia.

No pós Segunda Guerra, principalmente em razão do advento da Declaração de Direitos Humanos de 1948, propiciou-se uma guinada paradigmática nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Isso culminou na necessidade de reconhecimento substancial da

⁴DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 43.

⁵“[...]”, pois, cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica”, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 105.

⁶VENTURA, Miriam. *Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual*. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



dignidade de todo ser humano e de tutela efetiva de direitos fundamentais dela decorrente. Criou-se terreno fértil a reformulações de normas e valores sociais no campo da sexualidade, principalmente, em razão da necessidade de integração das mulheres como força de trabalho no pós-guerra.

Nesse contexto, as movimentações sociais da década de 60 foram pioneiras na reivindicação por mudanças, surgindo inicialmente sob pálio das ideias dos movimentos feministas e homossexuais. A liberdade sexual passou a ser tema recorrente daquele momento, especialmente em razão da busca pelo acesso a métodos contraceptivos e pela refutação do discurso médico-científico e legal da homossexualidade como doença e crime contra os costumes.

No Brasil, os direitos relacionados à temática da sexualidade e diversidade de gênero somente ganharam ênfase a partir de demandas por direitos sociais, especialmente relacionadas ao direito à saúde ou ao reconhecimento de direitos previdenciários e securitários decorrentes de morte de parceiros. Concomitantemente, os pleitos de transexuais com relação à mudança de nome e sexo nos registros civis surge⁷, sobretudo, sob justificativa de que traria efeitos benéficos para o bem-estar psíquico do grupo.

Por influência destas ideias, a Organização Mundial da Saúde reeditou o CID⁸, previu a retirada da transexualidade do rol de doenças mentais, passando a incluí-la no rol de comportamentos sexuais ou condições relacionadas à saúde sexual, que entrará em vigor a partir de 2022, nos países signatários. Isso já aproxima a abordagem do assunto como uma condição sexual particular de um ser humano, o que contribuí para vivência da cidadania plena dos transexuais.

Apesar dos avanços lentos e não uniformes⁹, nos últimos 18 anos¹⁰, a jurisprudência pátria vem se aproximando dessa abordagem. Isso inclusive pode ser depreendido a partir do julgamento, com repercussão geral e eficácia vinculante, no Supremo Tribunal Federal, em que se fixou entendimento no sentido de que não há necessidade prévia de cirurgia de

⁷Miriam Ventura indica que foi a partir de 1970 que a demanda trans começou a ter maior notoriedade com a chegada ao STF de análise de condenação penal e ético profissional de médico por realização da cirurgia de mudança de sexo. Neste sentido: VENTURA, op. cit, 2010, p. 92.

⁸Sigla indicativa da expressão Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde.

⁹RIOS, Roger Raupp; OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *Direitos sexuais e heterossexismo: identidades sexuais e discursos no Brasil*. In: MISKOLCI, Richard; PELÚCIO, Larissa (Org.). *Discursos fora da ordem: sexualidades, saberes e direitos*. São Paulo: Annablume, 2012, p. 252.

¹⁰Em que pese pedidos de mudança de nome e sexo terem sido judicializados, chegando ao STF em 1981, somente a partir de 2000 teses favoráveis passaram a ser ventiladas na jurisprudência.



transgenitalização para que transexual possa realizar a alteração de seu nome e de seu sexo em documentos de identificação civil¹¹.

Cumprido destacar que, para chegada a essa conclusão, na análise do tema, foi primordial o papel que a dignidade humana vem galgando no ordenamento jurídico pátrio, a partir de sua consagração no art. 1º, III, da Carta Magna de 1988. Nesta ceara, indica Exmo. Ministro Luiz Roberto Barroso¹² que é possível depreender conteúdos mínimos essenciais deste princípio que possibilitem seu melhor manejo em casos concretos, especialmente naqueles considerados difíceis¹³ para o Poder Judiciário decidir.

Sob este prisma, a dignidade humana pode se apresentar numa de suas vertentes como valor intrínseco ou inerente de cada pessoa, a partir da ideia de que cada um é dotado de atributos únicos que o diferenciam de todos os demais e de todas as coisas. É dessa singularidade que decorrem dois postulados imprescindíveis para aferição de adequação do exercício de direitos ou assunção de obrigações no ordenamento jurídico: um antiutilitarista e outro antiautoritário. No primeiro, tem-se a noção de que o ser humano deve ser “um fim em si mesmo, e não [...] um meio para realização de metas coletivas ou de projetos sociais”¹⁴ alheios, enquanto que no segundo, tem-se a concepção de que “o Estado existe para o indivíduo e não o contrário”¹⁵, ou seja, para promover, na maior medida possível, o pleno desenvolvimento de suas faculdades, protegendo os interesses de cada um quando necessário.

Dessa inviolabilidade da pessoa humana, decorre também o direito à igualdade, pelo qual se entende que cada pessoa merece igual respeito e consideração, independentemente de qualquer condição. Além do direito ao tratamento não discriminatório legalmente constituído, sobre o manto da igualdade formal, sua materialização, ademais, requer o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais especificados, não só como condição para experiência de maior igualdade substancial, mas, também como pressuposto de fruição da dignidade individual de cada um, o que, inclusive, culmina na aceção de reconhecimento¹⁶

¹¹Neste sentido, ver Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 e Recurso Extraordinário nº 670.422.

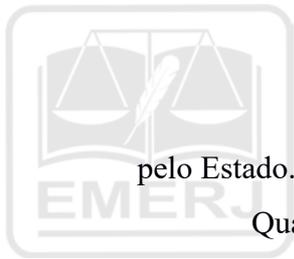
¹²BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo* – natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patricia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Estudos: direito público: homenagem ao ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. São Paulo: LexMagister, 2013, p. 48.

¹³É a ideia de *hard cases*, advinda principalmente do direito norte americano, em que se sente a opinião pública dividida de modo que não será possível com a decisão satisfazer a todos os anseios.

¹⁴BARROSO, op. cit., p. 49.

¹⁵Ibidem.

¹⁶O Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski já indicou que “a demanda por reconhecimento é (...) componente



pelo Estado.

Quanto ao reconhecimento das pessoas trans, conforme invocado no referido julgamento, os Princípios de Yogyakarta indicam precipuamente que a identidade de gênero autodefinida por uma pessoa constitui parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação e liberdade¹⁷. Ou seja, quanto às pessoas trans é preciso respeito à diversidade do modo de vida que possuem, bem como à identidade humana de cada uma delas. Não obstante, isso é complementado pela aceção de dignidade humana como autonomia¹⁸, pela qual se depreende que mecanismos devem ser criados para possibilitar que transexuais decidam os rumos de suas próprias vidas e desenvolvam livremente suas personalidades, sem imposições externas indevidas.

Portanto, percebe-se que a dignidade humana foi determinante, no referido julgado, para a conclusão de que não é viável¹⁹ aplicação de normas ou elaboração de interpretações destas que condicionem a alteração de nome e sexo em registro civil por transexuais à realização de cirurgia de transgenitalização, sob pena de reforçar estigmas sociais e limitar o livre e completo desenvolvimento de suas faculdades humanas, o que lhes suprimiria a própria condição de seres humanos. Afinal, é necessário que o Estado, numa concepção antiautoritária, propicie “as condições para a autodeterminação”²⁰ de cada pessoa, a partir da concessão de “possibilidades objetivas de decisão e escolha”²¹. Como bem aduziu o Exmo.

essencial conceito jurídico (...) da igualdade. Neste diapasão, igualdade como reconhecimento é uma das principais reivindicações de grupos minoritários e de direitos humanos em todo o mundo”, LEWANDOWSKI, Ricardo. *Voto em ADI nº 4275 e RE nº 670.422*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-min-lewandowski-registro-civil.pdf>>. Acesso em 16 out 2018. No mesmo voto em construção, o Ministro indica que a busca por justiça social prestigia o reconhecimento como contribuição para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria e às suas normas sociais dominantes não é mais o preço do igual respeito, permitindo que estes grupos vivam conforme seus próprios anseios.

¹⁷Os Princípios de Yogyakarta compõem um documento sobre a aplicação dos direitos humanos, especialmente, na área de orientação sexual e identidade de gênero, publicado como resultado de uma reunião internacional de grupos estudiosos na Indonésia, em novembro de 2006, CLAM. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 16 out de 2018.

¹⁸“Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro na seara do pluralismo, sem admitir crivo da maioria sobre escolhas morais”, AURÉLIO, Marco. *Voto em ADI nº 4275 e RE nº 670.422*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoMMA.pdf>>. Acesso em 16 out de 2018.

¹⁹Afinal, muitos transexuais não desejam submeter-se à cirurgia de mudança de sexo, seja só pela ausência de repulsa à morfologia sexual ou pelo medo das drásticas consequências à saúde física que podem ainda trazer, sendo impossível juridicamente impô-la.

²⁰BARROSO, op. cit., p. 51.

²¹Ibidem.



Ministro Marco Aurélio em seu voto, “Legitima-se a modificação para permitir que a pessoa possa viver plenamente em sociedade, tal como se percebe”²², fundamentação que deve reverberar não só na relação entre o Estado e a pessoa transexual.

2. A EVOLUÇÃO DA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TRATO DA PESSOA TRANSEXUAL

A abordagem da demanda trans tendo como fundamento a dignidade da humana remonta à própria evolução do constitucionalismo. Por muito tempo, na Europa, a concepção de Constituição resumia-se à noção de um estatuto procedimental e organizatório da estrutura estatal, proclamador de princípios políticos que sempre dependeriam do legislador para a produção de efeitos concretos. Isso ocorria por conta da valorização ferrenha que se dava ao Poder Legislativo como defensor da vontade do povo, em limitação à atuação do Poder Executivo. Conforme, indicava Lassalle²³, a verdadeira essência da Constituição era ser uma Carta de Princípios Políticos, que só teria sucesso em ser observada se correspondesse aos fatores reais de poder, servindo de meio ao *status quo* social, sem espaço para proteção de interesses dos desfavorecidos.

Todavia, no Século XX, a ideia de força normativa da Constituição, defendida por Konrad Hesse²⁴, buscou afastar o pensamento de que ela seria um mero pedaço de papel, além de se opor ao normativismo puro, de bases positivistas, que propiciou a transgressão de direitos humanos durante a 2ª Guerra Mundial. Surge o entendimento de que, antes de tudo, a Constituição representaria os valores mais caros de uma nação, de modo que não apenas expressaria o Estado como é, sua estrutura e organização, mas, como deve ser, pretendendo a maior eficácia possível dos valores nela consubstanciados²⁵. Isso está intrinsecamente

²²AURÉLIO, op. cit., nota 22.

²³“Sendo a Constituição a lei fundamental de uma nação, será [...] uma força ativa que faz, por exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são”, LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2015, p. 19.

²⁴“A Constituição [...] não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura ‘impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder’, tal como ensinado por Georg Jelliek [...]”, HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição: die normative kraft der verfassung*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

²⁵“A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade



relacionado à emergência do Estado Social, no período de redemocratização pós-guerra, no qual, além de se buscar garantia material dos direitos individuais, se “passa também a consagrar direitos sociais e econômicos, apontando caminhos, metas e objetivos a serem perseguidos pelos Poderes Públicos no afã de transformar a sociedade”²⁶, ou seja, preocupando-se com os interesses não hegemônicos.

Concomitantemente ao fenômeno de valorização das normas constitucionais, ocorreu o declínio das codificações liberais, pois, verificou-se que não era verdadeiro o entendimento de que as relações em sociedade sempre se travam entre iguais. A confiança no postulado da autonomia de vontade não seria suficiente para tutela dos interesses envolvidos. Não bastava a criação de leis esparsas, travestidas em verdadeiros estatutos tratando de matérias específicas, visando fins concretos, característica do emergente Estado Social. A Constituição, com sua força normativa, revelou-se como verdadeiro centro unificador do ordenamento civil, passando cada vez mais seus princípios e valores a serem tratados como vetores basilares da legislação privada, quando não, mormente, os próprios princípios do direito privado não passaram a ser elencados como fundamentais, em seu texto²⁷, a fim de obstar opressões.

De todo modo, esse fenômeno sofreu duras críticas, principalmente com argumento de que não são todas as normas constitucionais autoaplicáveis, sendo necessária complementação por legislação específica. Ou seja, somente se reconheceria eficácia jurídica à parcela do texto constitucional que assegurasse o *status quo* dominante, implicando em mínima – quando nenhuma – aplicabilidade às normas constitucionais, que provocassem transformações sociais que pusessem em risco os interesses hegemônicos.

Tal interpretação põe em xeque valores de justiça distributiva que vieram consubstanciados nas Magnas Cartas neste período. Na verdade, deve-se ter em mente que, embora possam ter gradações distintas, todas as normas constitucionais possuem um mínimo de eficácia, “já que influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico, vinculando negativamente o legislador e a administração, que não podem agir de modo

política e social. [...] A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.”, HESSE, op. cit., p. 15-16.

²⁶SARMENTO, op. cit., p. 51.

²⁷“Deveras, a posição hierárquica superior da Constituição, a abertura das suas normas, e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte, versam sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a Lei Maior como novo centro do Direito Privado, apto a cimentar as suas partes e informar seu conteúdo. Ao invés de um ordenamento descentrado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo vértice localiza-se a Constituição”, SARMENTO, op. cit., p. 75.



contrário”²⁸. No Brasil, considerando que o ordenamento jurídico se baseia numa Constituição prolixa, com extenso rol de direitos e princípios fundamentais elevados à condição de cláusula pétrea, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, propagar a sua força normativa, projetando-a em diversos aspectos da vida civil, torna-se essencial, a fim de se evitar o mero desempenho de uma função simbólica, o que comprometeria sua credibilidade.

Por esta razão, a Constituição passa a ser utilizada com finalidades promocionais do bem-estar social, numa aposta em sua força normativa, como instrumento de emancipação social. Assim, o processo de constitucionalização do direito privado não se resume ao acolhimento de matérias antes versadas pelas leis, importando numa releitura dos institutos, especialmente, com base na dignidade da pessoa humana, que irradia efeitos sobre o todo o ordenamento jurídico pátrio, balizando atos estatais e toda a rede de relações privadas.

Isso pode ser visualizado na própria decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de alteração de nome e sexo em identidade civil por transexuais sem necessidade de cirurgia de redesignação sexual. Ora, apesar das normas de alteração do registro civil não preverem expressamente a possibilidade de alteração por ocasião da transexualidade, sua interpretação e aplicação pelo Estado brasileiro, deve ser pautada pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Ou seja, a dignidade da pessoa trans deve ser respeitada, como direito subjetivo em face do alvedrio do Estado, mas, além disso, deve transcender à perspectiva de garantia de posição individual, se tornando vetor interpretativo²⁹ para exclusão de significações de leis que não se coadunem à proteção e à promoção do desenvolvimento de suas faculdades humanas em plenitude. Assim, na oportunidade, tomada pela dimensão objetiva da dignidade humana, a Excelsa Corte julgou inconstitucional interpretação legal que impusesse a necessidade de cirurgia para alteração do registro civil, numa evidente aplicação da eficácia irradiante³⁰ dos direitos fundamentais.

²⁸SARMENTO, op. cit., p. 52.

²⁹“Como princípio hermenêutico, ela impõe ao operador do direito que, diante da ambiguidade de determinada disposição legal, opte pela exegese que torne esta norma compatível com a Constituição, mesmo que não seja a resultante da exegese mais óbvia do preceito. Com isso, ela permite que, por um lado, se mantenha a norma jurídica no ordenamento, em reverência à presunção de constitucionalidade das leis hauridas da legitimidade democrática do legislador, mas que, por outro lado se elimine a sua potencial desarmonia com o texto magno [...]”, SARMENTO, op. cit., p. 124.

³⁰“Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a ‘humanização’ da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social”, SARMENTO,



Importante notar que a irradiação dos direitos fundamentais não se restringe à eficácia vertical, que diz respeito às relações entre particular e Estado, vinculando as entidades deste na aplicação de normas do direito privado. A demanda trans não pode se ver tutelada só neste aspecto. Deve-se ater para a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas sempre que possível. Ora, “o Estado não deve apenas se abster de violar tais direitos, tendo também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros”³¹. Isso é um dos mais importantes aspectos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, associado ao Estado Social, já que se ultrapassa a ideia de que o Estado é apenas inimigo do povo, devendo ter suas atividades limitadas, em deveres de abstenção típicas do Estado mínimo liberal, mas, que é sim uma instituição necessária para a própria garantia destes direitos na sociedade civil, o que lhe impõe deveres prestacionais³².

Em que pese discussão mundial acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais – e do próprio princípio da dignidade humana – entre particulares³³, no Brasil não há dúvidas sobre a eficácia horizontal se dar de maneira direta e imediata, sequer dependendo da atuação do poder legislativo e não se limitando a meios interpretativos da legislação infraconstitucional existente, conforme se depreende do próprio art. 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988. Ora, a Carta Constitucional é clara ao indicar como objetivo do Estado brasileiro a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, não olvidando que os particulares cometem abusos e desrespeitos entre si. Não é à toa que, em diversos momentos, seu texto se direciona a atores sociais, não prevendo o Estado como seu único destinatário, ou estabelecendo “de antemão limitação ao polo passivo dos direitos fundamentais. Muito apelo contrário, a linguagem adotada pelo constituinte ao elencar a maioria das liberdades fundamentais previstas no art. 5º do texto magno transmite a ideia de vinculação passiva universal”³⁴.

Afinal, não se poderia perder de vista que o país é tomado por demasiadas

op. cit, Nota 43.

³¹Ibidem, p. 129.

³²“não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos [...]”, SARMENTO, op. cit., p. 237.

³³Sobre a teoria americana do *state action* e as teorias alemãs da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais e da proteção, sugere-se a leitura de SARMENTO, op. cit., p. 185-235; e SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 54-104., out. 2000. De todo modo, adiantamos que a Constituição brasileira não se adequa à tese americana e alemã.

³⁴SARMENTO, op. cit., p. 238.



desigualdades e injustiças sociais. Quanto aos transexuais, entre 2008 e 2016, o Brasil foi considerado o país com maior número de assassinatos envolvendo pessoas trans na América Latina³⁵. Em 2017, 191 trans foram mortos por intolerância, o que é considerado um aumento na prática deste crime em 30% com relação a 2016³⁶. Além disso, chama atenção o fato de que dificilmente transexuais conseguem integração no mercado de trabalho: 90% não veem alternativa de renda a não ser a prostituição³⁷. Portanto, percebe-se que se faz urgente a aplicação dos direitos fundamentais no plano horizontal direta e imediatamente, quanto à tutela de direitos das pessoas trans, considerando os abusos que sofrem na sociedade brasileira como minorias.

3. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES QUANTO AO USO DO BANHEIRO COLETIVO POR PESSOA TRANSEXUAL

Neste panorama, situação recorrente é a proibição quanto ao uso de banheiros coletivos. Em 08/08/2008, a transexual AMA³⁸ foi impedida de utilizar banheiro feminino coletivo no Beiramar Shopping, em Florianópolis – SC, por prepostos deste, vindo a fazer suas necessidades fisiológicas nas próprias vestes. Diante do ocorrido, requereu indenização por dano moral ao estabelecimento comercial, pelo constrangimento perpetrado, o que foi refutado pelo réu sob argumento de que efetivamente a requerente pertencia ao sexo masculino e sua presença naquele ambiente levaria ao constrangimento das suas demais usuárias. Em 1º grau foi o pedido julgado procedente, enquanto em 2º grau, a decisão de concessão da indenização foi reformada.

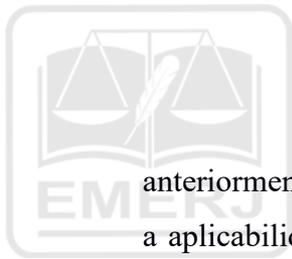
Por ocasião do caso, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 845.779, com repercussão geral reconhecida, deverá fixar posição sobre o tratamento social que deve ser concedido às pessoas trans pelos demais particulares. Por todo o exposto

³⁵Segundo o Projeto de Monitoramento de Assassinatos Trans (Trans Murder Monitoring – TMM – Project), em termos absolutos, 2343 trans foram mortos no mundo, sendo aproximadamente 40% deste número somente no Brasil. Disponível em <<https://transrespect.org/en/tdov-2017-tmm-update/>>. Acesso em 01/11/2018.

³⁶Assassinatos de LGBT crescem 30% entre 2016 e 2017, segundo relatório. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/assassinatos-de-lgbt-crescem-30-entre-2016-2017-segundo-relatorio-22295785>>. Acesso em 01 nov 2018.

³⁷O preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>> Acesso em 01 nov 2018.

³⁸Nome social pelo qual se identifica.



anteriormente, entende-se que nesta análise deve-se, imperativamente, levar em consideração a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais daqueles menos favorecidos em jogo, a fim de evitar injustiças e propiciar violências.

Não se olvida que este posicionamento deve guardar respaldo argumentativo diante do fato de que os demais particulares são também titulares de direitos fundamentais, o que inclusive foi ventilado na tese de defesa, sob argumento de que haveria constrangimento indevido pela presença de pessoa trans no banheiro, ofendendo em última análise, também a dignidade humana dos outros usuários. Mas, diferentemente do que ocorre no exercício dos direitos fundamentais frente ao Estado, baseando-se na vinculação irrestrita deste àqueles, a aplicação deles na esfera privada necessita do mecanismo de ponderação³⁹, principalmente quando não existir ao caso concreto norma infraconstitucional aplicável. No processo de ponderação deve-se levar em conta também o princípio da proporcionalidade⁴⁰.

Considerando a desigualdade fática discriminatória que atinge as pessoas trans, já se demonstrou que estes desfrutam de menor autonomia em sociedade, sendo impossibilitadas de viver como bem entendem, apesar do reconhecimento formal pelo Estado brasileiro recentemente. Portanto, frente às demais pessoas, a autonomia privada deste grupo deve ser tutelada com maior abrangência, a fim de se evitar uma incompletude no sistema de proteção da dignidade humana, o que resultaria numa proteção insuficiente no país, ofendendo o próprio teor progressista da Carta Magna de 1988.

Mesmo que isso implique em diminuição da autonomia dos demais, por imposição de vedação ao comportamento discriminatório, ainda assim deve ser observada a preponderância dos interesses dessa minoria. Portanto, as demais pessoas físicas e jurídicas não poderão impedir o acesso de trans ao banheiro com o qual se identifica, seja sob

³⁹A ponderação deve se dar em três passos: “Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo a um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em contrário. Em terceiro passo, deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro”, ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. Revista de Direito Privado*. Tradução por Luís Afonso Heck. São Paulo, v. 6, n. 24, 2005, p. 339-340.

⁴⁰“O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito).”, MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 182.



argumento de costume ou hábito de divisão de uso do local com base no sexo biológico ou de regramento infraconstitucional de espaços públicos ou privados abertos ao público que porventura já tenham sido editadas, pois, essa permissão em nada prejudicaria aos demais usuários quanto ao acesso ou à utilização do local.

Em que pese o argumento de que isso causaria constrangimento dos demais usuários, mesmo que exista, seu potencial lesivo seria mínimo advindo do estranhamento normal do convívio novo com as pessoas trans, o que até então seria impensável. Afinal, isso decorre do próprio ônus de se viver pacificamente em sociedade: “A vida civilizada envolve conviver com aquilo com que a gente não ama, envolve conviver com aquilo que nos causa desconforto, desde que não esteja nos agredindo ou violando na nossa esfera de privacidade”⁴¹. De todo modo, isso sequer poderia se comparar ao mal estar que se causaria ao se exigir que pessoa transexual ingressasse em banheiro destinado ao sexo diverso daquele com o qual se identifica ou aparenta fisicamente, além disso, representar em si a institucionalização do seu tratamento indigno. Ou seja, não se verifica supressão absoluta da dignidade humana das demais pessoas na solução do impasse dos banheiros. Ao contrário, ela só é relativizada em mínimo grau, a fim de viabilizar o exercício da dignidade humana pelas pessoas trans, na sua aceção autonomia, em igualdade de tratamento substancial.

Num Estado constitucional democrático se faz primordial a prevalência dessa orientação, afinal, no sentido substantivo, democracia, além de ser o governo formado pelas maiorias, também é aquele de proteção e defesa aos direitos fundamentais das minorias, a fim de garantir que todos em sociedade sejam livres e iguais. Permitir que a pessoa transexual conviva com os demais, sendo plenamente desembaraçada na sua busca à felicidade⁴² é, portanto, interesse fundamental inerente ao princípio democrático do Estado brasileiro.

Neste sentido, o Poder Judiciário pátrio, especialmente o Supremo Tribunal Federal, deve legitimamente ser ator que move a história, pois, os direitos transexuais não podem

⁴¹Ibidem.

⁴²“O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo esterilizar direitos e franquias individuais”, BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ag. Rg. no RE nº 477.554-MG. Ministro Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>> . Último acesso: 02 nov 2018.



esperar. Este é papel de vanguarda⁴³ que, diferentemente das demais funções do poder judiciário, busca muitas vezes, frente, inclusive os anseios majoritários da nação, materializar as normas da Constituição, buscando na observância ao seu poder normativo, maior eficácia possível. Aliás, é seu dever se solidarizar com relegada marginalização com a qual trans convivem, mesmo quando a própria sociedade ignora a situação, dando cumprimento ao disposto no art. 3º, I, da Carta Magna de 1988.

Diante da análise de toda a controvérsia, não se poderia concluir de maneira diversa: no caso pendente de análise na Corte Suprema, houve flagrante violação à dignidade humana de AMA, ultrapassando o mero dissabor e aborrecimento, eis que exposta à incomensurável situação vexatória, sendo, desnecessária a sua demonstração com maiores delongas, por ser este dano de índole moral, notoriamente entendido nas cortes brasileiras como *in re ipsa*, ou seja, em si mesmo. Logo, deve o shopping réu ser condenado a indenizá-la. Por fim, deve servir a decisão para fixação de tese em repercussão geral, conforme parecer emanado pelo Ministério Público Federal: “Não é possível que uma pessoa seja tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal”.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, demonstrou-se que as pessoas transexuais são vítimas de discriminação, preconceitos e estigmas ao longo da história, diante da noção arraigada no senso comum de que são acometidas por doença mental que lhes impossibilitaria vivência plena em sociedade, sendo, por este motivo restringido o exercício de determinados direitos civis, o que inclusive persiste até hoje.

Todavia, apontou-se que a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana a

⁴³“As Supremas Cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de competência perigosa [...], vez por outra, trata-se de papel imprescindível. Nos Estados Unidos, foi por impulso da Suprema Corte que se declarou a ilegitimidade da segregação racial nas escolas públicas, no julgamento de *Brown v. Board of Education*. [...] No Brasil, o Supremo Tribunal Federal equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Talvez esta não fosse uma posição majoritária na sociedade, mas a proteção de um direito fundamental à igualdade legitimava a atuação”, BARROSO, Luís Roberto. *A função representativa e majoritária das cortes constitucionais*. In: REGO, Werson Franco Pereira (Coord.). *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas: estudos jurídicos em homenagem ao ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. Rio de Janeiro, RJ: GZ Editora, 2017, p. 584-585.



pilar do ordenamento jurídico brasileiro veda este tratamento degradante por parte do Estado e dos demais integrantes da sociedade, reconhecendo a transexualidade como uma característica da personalidade daqueles indivíduos. Assim, deve-se permitir que possam expor seus pensamentos, sentimentos e comportamentos em sociedade, sem nenhuma restrição. Na verdade, deve-se deixar que vivam conforme seus próprios desígnios, sob pena de lhes coisificar, num tratamento utilitarista. Por tais motivos, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser fundamental permissão de mudança de nome e sexo em documentos de identificação civil, sem prévia cirurgia.

Seguindo esse viés, o Estado brasileiro, além de reconhecer a especial característica da personalidade trans, para permitir que desenvolvam livremente suas faculdades, deve coibir que os demais cidadãos atrevam-se a reprimi-los, restringindo o acesso a espaços públicos, em razão de sua personalidade, como ocorre frequentemente no caso de vedação de utilização de banheiros coletivos destinado ao sexo com o qual se identificam. Afinal, viver publicamente como pessoa de sexo distinto daquele atribuído ao nascimento é consectário lógico e a razão primordial do reconhecimento da possibilidade de alteração de nome e sexo, para que plenamente gozem da sua identidade de gênero.

Portanto, a fim de desencorajar este tratamento hostil, promovendo reflexão social e conscientização de que transexuais são afinal pessoas e devem ser consideradas como tais, o Poder Judiciário deve reconhecer a impossibilidade de tratamento social de transexual por sexo diverso daquele com o qual se identifica e apresenta publicamente. Do contrário, impõe-se o reconhecimento de violação à sua dignidade humana e de condenação por dano moral ao infrator. Ora, o respeito e a estima sociais são primordiais para viabilização do bem-estar das trans no seio social, a fim de minimizar as possíveis angústias que a própria exteriorização de suas personalidades possa causar, até que um dia não mais seja necessário apontar que a dignidade humana não se revela em preto e branco, mas, em tantas cores quanto mais se revela complexa a psique humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. *Revista de Direito Privado*. Tradução por Luís Afonso Heck. São Paulo, v. 6, n. 24, 2005.



BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patricia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Estudos: direito público: homenagem ao ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. São Paulo: LexMagister, 2013.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04 nov 2018.

_____. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 16 out de 2018.

_____. 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 02 nov 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 845.779 - SC*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657292>>. Acesso em 04 nov 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição: die normative kraft der verfassung*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

VENTURA, Miriam. *A Transexualidade no tribunal: saúde e cidadania*. 1ª edição. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2010.

_____. *Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual*. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OS DIREITOS CONSUMERISTAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
DIANTE DO JULGAMENTO CONJUNTO DO RE Nº 636331 E DO ARE Nº 766618

Bruna de Moraes Lavadores

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

Resumo – O tema do presente artigo mostra-se de fundamental importância no âmbito social, político e jurídico. No âmbito social porque a proteção e a defesa do consumidor são normas de ordem pública e de interesse social, conforme elencado nas disposições gerais do Código de Defesa do Consumidor. No âmbito político porque o Estado deve promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, tendo em vista tratar-se de direito fundamental. Por fim, trata-se de discussão de importância jurídica, na medida em que o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão que vai de encontro aos direitos consumeristas e ao entendimento que vinha sendo aplicado pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência. Entende-se que a aplicação de Convenções Internacionais aos casos envolvendo extravio de bagagem de transporte aéreo internacional não se coaduna com a previsão constitucional de garantia dos direitos consumeristas, devendo voltar a ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor. Avista-se a aplicação da jurisprudência de valores ou a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal como formas de superação do entendimento do Pretório Excelso, a fim de garantir a tutela dos direitos dos consumidores.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Convenção de Varsóvia e de Montreal. Indenização por extravio de bagagem em viagens internacionais. Prazo prescricional para propositura de ação indenizatória. Código de Defesa do Consumidor. Direitos consumeristas.

Sumário – Introdução. 1. As mudanças trazidas pelo julgamento conjunto do RE nº 636331 e do ARE nº 766618 proferidos pelo Plenário do STF 2. A flexibilização dos princípios consumeristas da interpretação mais favorável ao consumidor e da reparação integral. 3. As possíveis formas de garantia dos direitos consumeristas diante da aplicação das convenções internacionais nos casos envolvendo extravio de bagagens de transporte aéreo internacional de passageiros. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os reflexos do julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 636331 e do Recurso Extraordinário com Agravo nº 766618 aos conflitos envolvendo extravios de bagagem e aos prazos prescricionais ligados à relação de consumo em transporte aéreo internacional de passageiros.

Procura-se demonstrar que a aplicação das disposições das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil aos conflitos envolvendo extravios de bagagem e aos prazos prescricionais ligados à relação de consumo em transporte aéreo internacional de passageiros



em detrimento do Código de Defesa do Consumidor acaba indo de encontro à tutela dos direitos consumeristas elencada no artigo 5º XXXII da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a analisar os argumentos do Supremo Tribunal Federal para a aplicação das disposições das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil aos conflitos envolvendo extravios de bagagem e aos prazos prescricionais ligados à relação de consumo em transporte aéreo internacional de passageiros em detrimento do Código de Defesa do Consumidor.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, XXXII, título referente aos direitos e garantias fundamentais, que *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*. Ademais, o artigo 170, V, da Carta Magna prevê a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica, o que objetiva a compatibilização da defesa do consumidor com a livre iniciativa. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor visa à proteção do consumidor e o afastamento da incidência das normas consumeristas vai de encontro à efetividade da garantia constitucional de defesa do consumidor.

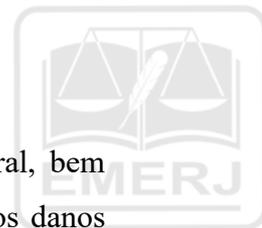
O artigo 178 da Constituição Federal prevê a observância dos acordos firmados pela União quanto à ordenação do transporte internacional. A Convenção de Montreal foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5910 de 27 de setembro de 2006.

Em que pese a disposição do artigo 178 da Constituição Federal, os Tribunais e a doutrina vinham aplicando o Código de Defesa do Consumidor aos conflitos envolvendo extravios de bagagem e aos prazos prescricionais ligados à relação de consumo em transporte aéreo internacional de passageiros, o que mudou, em 2017, com o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 636331 e do Recurso Extraordinário com Agravo nº 766618.

Para melhor compreensão do tema, busca-se analisar o entendimento jurisprudencial buscando refletir como a aplicação das disposições previstas em Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil acaba por flexibilizar princípios consumeristas, prejudicando a garantia constitucional de defesa do consumidor.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho verificando a legislação que vinha sendo aplicada aos conflitos envolvendo extravios de bagagem e aos prazos prescricionais ligados à relação de consumo em transporte aéreo internacional de passageiros e as mudanças ocorridas por meio do julgamento conjunto do RE nº 636331 e do ARE nº 766618 proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 25 de maio de 2017.

Segue-se, analisando como a aplicação de convenções internacionais aos conflitos envolvendo extravios de bagagem em transporte aéreo internacional de passageiros flexibiliza



os princípios da interpretação mais favorável ao consumidor e da reparação integral, bem como o comprometimento do exercício do consumidor no que tange a reparação dos danos sofridos, tendo em vista a diferença de prazo prescricional elencado no Código de Defesa do Consumidor e nas convenções internacionais.

O terceiro capítulo da pesquisa busca verificar como a manutenção da aplicação do Código de Defesa do Consumidor seria mais favorável à garantia dos direitos consumeristas em detrimento da aplicação das convenções internacionais nos conflitos envolvendo extravios de bagagem de transporte aéreo internacional de passageiros.

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.

1. AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO JULGAMENTO CONJUNTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 636331 E DO RECURSO ORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 766618

O extravio de bagagens pelas companhias aéreas de transporte de passageiros enseja reparação por dano material, podendo gerar, também, compensação a título de danos morais. O cliente, ao ter sua mala extraviada, indubitavelmente, na maioria das vezes, sofre lesão à sua honra e a outros bens jurídicos personalíssimos que caracterizam o dano moral.

O dano moral pode ser conceituado como uma lesão a interesse existencial concretamente merecedor de tutela¹. Ademais, qualquer ofensa a um bem jurídico da personalidade é seria e, se objetivamente constatada, caracterizará o dano moral.²

A Convenção de Montreal, da qual o Brasil é signatário, substituiu a Convenção de Varsóvia e foi internalizada no Brasil por meio do Decreto nº 5.910/2006, publicado em 28 de setembro de 2006.³

A Convenção de Montreal desvinculou a quantia a ser indenizada tendo como parâmetro o peso da bagagem, fixando limite de mil Direitos Especiais de Saques, a não ser que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma

¹ FARIAS Cristiano Chaves, BRAGA NETO, Felipe e ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. p.1236-1237.

² Ibid., p.1237.

³BRASIL. *Decreto nº 5910*, de 27 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em: 08 ago 2018.



declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino, conforme disposto no artigo 22 do Decreto nº 5.910/2006.

Em que pese o elencado na Convenção de Montreal quanto aos Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga, a doutrina e a jurisprudência vinham entendendo pela prevalência da reparação integral dos danos prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor em detrimento da indenização tarifada elencada nas Convenções de Varsóvia e de Montreal.

Flávio Tartuce⁴ versa sobre os tratados internacionais e o Código de Defesa do Consumidor:

[...] As normas internacionais entram em claro conflito com o Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 6.º, VI e VII, consagra o princípio da reparação integral de danos, pelo qual tem direito o consumidor ao ressarcimento integral pelos prejuízos materiais e morais causados pelo fornecimento de produtos, prestação de serviços ou má informação a eles relacionados, devendo ser facilitada a tutela dos seus direitos. Tal princípio veda qualquer tipo de tarifação, sendo a Lei 8.078/1990 norma de ordem pública e interesse social, conforme consta do seu art. 1.º. Por isso, o referido tratado não pode prevalecer, conforme conclusão do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que, em 25 de setembro de 2017, por maioria dos votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 636331⁵ e do Recurso Ordinário com Agravo nº 766618⁶, que os conflitos envolvendo extravios de bagagem e prazos prescricionais ligados à relação de consumo em transporte aéreo internacional de passageiros devem ser resolvidos pelas regras fixadas nas convenções internacionais sobre a matéria, ratificadas pelo Brasil.

O artigo 178⁷ da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995 dispõe no sentido de que: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.”

⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*, 7. ed. V. único. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.43-44.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 636331/RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=636331&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE. nº 766618/SP*. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=766618&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 08 ago. 2018.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 ago 2018.



A tese aprovada no julgamento dos recursos em comento entendeu que, por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais que limitam a responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

O Recurso Extraordinário nº 636331, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, foi ajuizado no Supremo Tribunal Federal pela Air France em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual determinou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no caso de extravio de bagagem internacional. O Recurso Ordinário com Agravo nº 766618, por sua vez, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, foi interposto pela empresa Air Canadá contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual aplicou o prazo prescricional de cinco anos previsto no Código de Defesa do Consumidor em ação de responsabilidade civil decorrente de atraso de voo internacional.

Insta salientar que os relatores dos recursos, no início do julgamento, em 2014, entenderam, em síntese, que o artigo 178 da Constituição Federal prevê obediência aos acordos internacionais ratificados pelo Brasil na ordenação dos transportes aéreos. Os ministros vencidos, Marco Aurélio e Celso de Mello, salientaram que há relação de consumo na prestação de serviços realizados pelas empresas de transporte aéreo internacional de passageiros, motivo pelo qual deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

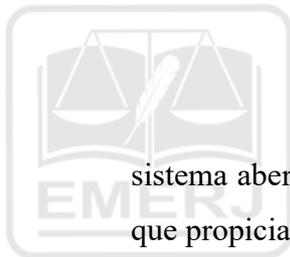
A 3ª e 4ª Turmas do Colendo Superior Tribunal de Justiça no presente ano de 2018 proferiram decisões aplicando a Convenção de Montreal em casos de extravio de cargas aéreas internacionais, parecendo seguir a recente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal.

As recentes mudanças jurisprudenciais têm sido alvo de críticas pelos doutrinadores, tais como Flávio Tartuce e Cristiano Sobral, conforme será explicado ao longo do artigo.

2. A FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSUMERISTAS DA INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL

O estudo dos princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor é uma forma de proteger os consumidores, considerados parte mais vulnerável em uma negociação. Segundo Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves⁸, a Lei nº 8.078/1990⁹ prevê um

⁸ TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 5.ed, São Paulo: Método, 2016, p.29.



sistema aberto de proteção, baseado em conceitos legais indeterminados e construções vagas, que propiciam uma melhor adequação dos preceitos às circunstâncias do caso concreto.

Os princípios consumeristas encontram-se elencados nos artigos 1º, 4º e 6º da Lei nº 8.078/1990¹⁰, mas também há princípios implícitos, como por exemplo, o princípio da função social dos contratos. Ademais, os princípios são aplicados em casos de lacunas da lei e também de forma imediata, a fim de retificar normas consideradas injustas.

O princípio da interpretação mais favorável ao consumidor está previsto no artigo 47 da Lei nº 8.078/1990¹¹ devendo as cláusulas contratuais ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Segundo Leonardo de Medeiros Garcia¹²

O legislador do CDC ao reconhecer o consumidor como a parte mais vulnerável na relação de consumo, estabeleceu que as cláusulas contratuais devem ser sempre interpretadas de forma mais favorável a ele, aplicando na espécie o princípio constitucional da isonomia, na qual os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de suas desigualdades.

O princípio da reparação integral dos danos está prevista no artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 8.078/1990¹³, sendo direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

No caso de existirem danos materiais, seja do que efetivamente se perdeu danos emergentes, seja do que se deixou de lucrar, o consumidor terá direito à interpretação integral, sendo vedado qualquer tipo de tarifação ou tabelamento, previsto por lei, entendimento jurisprudencial ou convenção internacional.¹⁴

Em 25 de setembro de 2017, por maioria dos votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 636331¹⁵ e do Recurso Ordinário com Agravo nº 766618¹⁶, que os conflitos envolvendo extravios de bagagem em transporte aéreo internacional de passageiros devem ser resolvidos pelas regras fixadas nas convenções internacionais sobre a matéria, ratificadas pelo Brasil.

⁹BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado artigo por artigo*. 13.ed, Salvador: JusPODIVM, 2016,p.373.

¹³ BRASIL, op.cit., nota 09.

¹⁴ TARTUCE, op.cit., p.45.

¹⁵ BRASIL, op.cit., nota 05.

¹⁶ BRASIL, op.cit., nota 06.



É incontroverso que o extravio da bagagem gera o direito à indenização por danos materiais, além de poder gerar compensação por danos morais. Os Tribunais e a doutrina vinham entendendo, até 25 de setembro de 2017, pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos casos de conflitos envolvendo extravios de bagagem em transporte aéreo internacional de passageiros, como por exemplo, no AgRg no AREsp 409045 RJ 2013/0341811-3¹⁷:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. OVERBOOKING. EXTRAVIO DE BAGAGENS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. SUCUMBÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA N. 7/STJ.

2. A responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei n. 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica.

Salienta-se que, em relação aos danos morais, não se aplicam as regras fixadas em Convenções Internacionais, mas sim o Código de Defesa do Consumidor. As regras das Convenções Internacionais aplicam-se apenas aos danos materiais em caso de extravio de bagagem em viagem internacional e quanto aos prazos prescricionais ligados à relação de consumo em transporte aéreo internacional de passageiros.

O artigo 22 do Decreto nº 5910 de 27 de setembro de 2006¹⁸, prevê que no transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em casos de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

O Código de Defesa do Consumidor¹⁹, por sua vez, tem por objetivo a defesa e a proteção dos direitos consumeristas, não trazendo limitação ao valor a ser reparando, sendo necessário tão somente que o passageiro comprove o que de fato perdeu para receber de volta.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 409045 RJ 2013/0341811-3*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/193066862/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-409045-rj-2013-0341811-3> >. Acesso em: 04 set. 2018.

¹⁸ BRASIL, op.cit., nota 03.

¹⁹ BRASIL, op.cit., nota 09.



Isto porque o artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 8.078/1990²⁰ prevê a possibilidade de ressarcimento integral dos danos experimentados pelo consumidor.

Portanto, verifica-se que a aplicação das Convenções Internacionais em detrimento do Código de Defesa do Consumidor flexibiliza os princípios consumeristas da interpretação mais favorável ao consumidor e da reparação integral.

A flexibilização do princípio da interpretação mais favorável ao consumidor ocorre em razão de que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor, a fim de tratar de forma desigual os desiguais, sendo o consumidor a parte mais vulnerável. A aplicação de indenização tarifada e de prazo prescricional inferior ao previsto no Código de Defesa do Consumidor é forma de ir de encontro ao princípio da interpretação mais favorável ao consumidor.

O princípio da reparação integral é flexibilizado, haja vista as regras das Convenções Internacionais serem tarifárias, enquanto a reparação na Lei nº 8.078/1990²¹ não traz qualquer limitação, prevendo a ampla reparação ao consumidor.

Além de decidir que as regras fixadas nas convenções internacionais aplicam-se aos conflitos envolvendo extravios de bagagem em transporte aéreo internacional de passageiros, também ficou decidido que os prazos prescricionais ligados à relação de consumo em transporte aéreo internacional de passageiros devem ser resolvidos pelas regras fixadas nas convenções internacionais sobre a matéria, ratificadas pelo Brasil.

No artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor²² encontra-se previsto um prazo prescricional de cinco anos para pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

O prazo prescricional previsto no artigo 35 do Decreto nº 5910 de 27 de setembro de 2006²³, o qual promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999, é de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte.

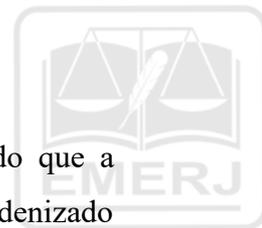
É evidente que a diferença do prazo prescricional prejudica o consumidor, haja vista decair de cinco para dois anos o prazo para o consumidor que pretende reparar os danos materiais ocasionados no transporte aéreo internacional de passageiros.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ BRASIL, op.cit., nota 09.



Cristiano Sobral²⁴ critica esta perda ocasionada ao consumidor, entendendo que a redução de redução anos compromete o exercício do direito do consumidor em ser indenizado pelos prejuízos sofridos.

Tendo em vista o exposto, verifica-se que a aplicação das regras previstas em Convenções Internacionais acaba prejudicando a tutela dos princípios consumeristas, principalmente o da interpretação mais favorável ao consumidor e o da reparação integral.

3. AS POSSÍVEIS FORMAS DE TUTELA DOS DIREITOS CONSUMERISTAS DIANTE DA APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NOS CASOS ENVOLVENDO EXTRAVIO DE BAGAGENS DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS INTERNACIONAL

Conforme analisado nos capítulos anteriores, até o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº636331²⁵ e do Recurso Ordinário com Agravo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nº766618²⁶, em 25 de setembro de 2017, salvo alguns julgados, a jurisprudência pátria era pacífica quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor²⁷ aos conflitos envolvendo extravios de bagagem de transporte aéreo internacional de passageiros.

O artigo 178 da Constituição Federal²⁸ dispõe no sentido de que, quanto à ordenação do transporte internacional, devem ser observados os acordos firmados pela União Federal, atendido o princípio da reciprocidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º XXXII²⁹ dispõe ser dever do Estado promover, na forma da Lei, a defesa do consumidor. Ademais, o artigo 170, inciso V, da Magna Carta³⁰, aduz ser o princípio da defesa do consumidor um dos princípios gerais da atividade econômica.

O artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor³¹ é no sentido de que os direitos previstos no CDC não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais

²⁴ SOBRAL, Cristiano. *Indenização por Extravio de Bagagem: Prevalência das Convenções Internacionais em Detrimento do CDC*. Disponível em: <<https://blog.cristianosobral.com.br/indenizacao-por-extravio-de-bagagem-prevalencia-das-convencoes-internacionais-em-detrimento-do-cdc/>> Acesso em: 04 set. 2018.

²⁵ BRASIL, op.cit., nota 05.

²⁶ BRASIL, op.cit., nota 06.

²⁷ BRASIL, op.cit., nota 09.

²⁸ BRASIL, op.cit., nota 07.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ BRASIL, op.cit., nota 09.



de que o Brasil seja signatário. Ademais, o artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor³² prevê a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Percebe-se que, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 178³³, que os acordos internacionais firmados pela Constituição Federal devem ser observados e o artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor³⁴ versa sobre direitos decorrentes de convenções internacionais, é imperioso destacar que a defesa do consumidor é um direito fundamental, devendo a garantia dos direitos consumeristas ser preservada quando em conflito com dispositivos previstos em tratados ou convenções internacionais.

Flavio Tartuce³⁵ entende ser a Lei nº 8.078 de 1990³⁶ norma de ordem pública, não podendo as fontes de Direito Internacional prevalecerem:

Com o devido respeito, penso que as decisões representam enorme retrocesso, em clara lesão ao artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo a qual as fontes do Direito Internacional não podem prevalecer sobre normas de ordem pública, caso do CDC.

A Convenção de Varsóvia limita o valor da indenização no caso de extravio de bagagem ao fixado na Convenção, salvo se o passageiro declarar valor diverso. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, prevê a possibilidade de ressarcimento integral dos danos experimentados pelo consumidor, não limitando o valor a ser reparado. Ademais, o prazo prescricional de cinco anos contados a partir do conhecimento do dano, elencado no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor³⁷, é muito mais favorável ao consumidor do que o de dois anos previsto no artigo 35 do Decreto nº 5910³⁸ de 27 de setembro de 2006, prazo este contado a partir da data da chegada ao destino, do dia em que a aeronave deveria ter chegado ou da interrupção do transporte.

Pelo exposto, conclui-se que a manutenção do Código de Defesa do Consumidor parece ser mais eficaz na garantia dos direitos do consumidor. No entanto, diante do julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 636331³⁹ e do Recurso Ordinário com

³² Ibid.

³³ BRASIL, op.cit., nota 07

³⁴ BRASIL, op.cit., nota 09.

³⁵ TARTUCE, Flavio. *Extravio de bagagem. Tratados prevalecem sobre o CDC, segundo o STF*. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2017/05/extravio-de-bagagem-tratados-prevalecem.html>>. Acesso em: 18 set.2018.

³⁶ BRASIL, op.cit., nota 09.

³⁷ BRASIL, op.cit., nota 09.

³⁸ BRASIL, op.cit., nota 03.

³⁹ BRASIL, op.cit., nota 05



Agravo 766618⁴⁰ pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em setembro de 2017, bem como da recente mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a tendência parece ser, de fato, a aplicação das disposições previstas nas Convenções Internacionais.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça possuía entendimento pacífico de afastamento da indenização tarifada, entendimento este que recentemente se alterou indo ao encontro do entendimento do Supremo Tribunal Federal. Os julgados abaixo demonstram a mudança de entendimento: O AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.062.534 - SP⁴¹ afasta a indenização da Convenção de Varsóvia, enquanto o REsp 673048- RS⁴² afasta o Código de Defesa do Consumidor:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REGRESSIVA. EXTRAVIO DE BAGAGEM. SEGURADORA CONTRA O CAUSADOR DO DANO. SUB-ROGAÇÃO NOS DIREITOS DO SEGURADO. 1. INAPLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO TARIFADA. PRECEDENTES. 2. DANO MATERIAL COMPROVADO. REVISÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. 3. PRESCRIÇÃO. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. 4. AGRAVO INTERNO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO

Conforme se verifica no julgado acima, era pacífico o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de afastar a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia e subsequentes, no caso da responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de carga.

No REsp 673048- RS, por sua vez, o STJ mudou seu entendimento, passando a adotar a Convenção de Varsóvia em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, coadunando-se com o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. INDENIZAÇÃO TARIFADA. PREPONDERÂNCIA DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL EM RELAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. RE N. 636.331/RJ (TEMA 210/STF). JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

Pois bem, diante dos recentes julgamentos e da evidente tendência à aplicação das Convenções Internacionais nos casos envolvendo indenização material por extravio de

⁴⁰BRASIL, op.cit., nota 06.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.062.534- RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1062534&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACO> Acesso em: 18 set. 2018.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 673048- RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=673048&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 18 set. 2018.



bagagem de transporte aéreo internacional de passageiros deve-se pensar em como dar eficácia à previsão constitucional de garantia dos direitos consumeristas.

Liane Pointner⁴³ em seu trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Cláudia Lima Marques e do Co-Orientador Prof.Dr. Marcelo Schenk Duque, sob o título “A responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros por extravio de bagagem: considerações sobre o recurso repetitivo 210 STF e seus efeitos para o consumidor” versa sobre a “jurisprudência de valores”, entendendo que, mesmo ao aplicar as Convenções Internacionais, o julgador deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor e as demais leis e normas vigentes, a fim de que dialoguem à luz da Constituição Federal.

Outra ideia trabalhada pela autora é a possível mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal:

[...] deve-se considerar também a possível mudança de entendimento pelo próprio STF, futuramente, mediante a compreensão de que o direito do consumidor seja direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana, positivado na CF, mas derivado diretamente dos direitos humanos. Ou ainda, sob o mesmo fundamento, que se deva aplicar somente a “norma mais benéfica ou mais favorável (seja a interna ou a internacional, indistintamente) ao ser humano sujeito de direitos, daí se incluindo o exercício dos seus direitos enquanto consumidor.”⁴⁴

Diante do exposto, verifica-se que a melhor forma de tutelar os direitos dos consumeristas seria por meio de uma mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, mantendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tal qual vinha sendo feito de forma pacífica pela jurisprudência antes do julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 636331⁴⁵ e do Recurso Ordinário com Agravo nº 766618⁴⁶ pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mas em sendo apenas uma possibilidade, a aplicação da referida jurisprudência de valores seria uma forma de garantir o direito fundamental de proteção do consumidor.

⁴³ POINTNER, Liane. *A responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros por extravio de bagagem: considerações sobre o Recurso Repetitivo 210 STF e seus efeitos para o consumidor*. 2017.96 f. Trabalho monográfico (Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais)- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017, p.65.

⁴⁴ Ibid., p.68

⁴⁵ BRASIL, op.cit., nota 05

⁴⁶ BRASIL, op.cit., nota 06

CONCLUSÃO

O extravio de bagagens pelas companhias aéreas de transporte de passageiros enseja reparação por dano material, podendo gerar, compensação por danos morais. Em se tratando de compensação por danos morais, seja em transporte aéreo nacional ou internacional, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. No caso de reparação material por extravio de bagagem em viagens aéreas nacionais, aplica-se, de forma pacífica pela jurisprudência, o Código de Defesa do Consumidor.

No que tange ao extravio de bagagem ocorrido em transporte internacional envolvendo consumidores, até a data de 25 de setembro de 2017, vinha sendo aplicada a reparação integral dos danos prevista no Código de Defesa do Consumidor, em detrimento da indenização tarifada elencada nas Convenções de Varsóvia e de Montreal, convenções estas das quais o Brasil é signatário.

Em setembro de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº636331 e do Recurso Ordinário com Agravo nº766618 decidiu que, nos termos do artigo 178 da CRFB/88, aplicam-se as Convenções Internacionais nas hipóteses de extravio de bagagem e em outras questões envolvendo o transporte aéreo internacional.

Ocorre que a aplicação da limitação tarifária prevista nas Convenções Internacionais e a redução do prazo prescricional para pretensão à reparação pelos danos causados prejudica a tutela dos princípios consumeristas, principalmente o da interpretação mais favorável ao consumidor e o da reparação integral, conforme discutido no capítulo 2 do presente artigo. No terceiro capítulo do presente artigo discute-se como dar eficácia à previsão constitucional de garantia dos direitos consumeristas, no caso transporte aéreo internacional, diante das recentes decisões julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Evidencia-se que a melhor forma de tutelar os princípios consumeristas e consequentemente dar eficácia à previsão constitucional de defesa do consumidor é por meio da aplicação da reparação integral dos danos e do prazo prescricional de cinco anos previsto na Lei nº 8.078/90. Em que pese o artigo 178 da Constituição Federal disponha no sentido de deverem ser observados os acordos internacionais em caso de transporte internacional, deve-se primar pela interpretação mais favorável ao consumidor.

Após o julgamento do STF em setembro de 2017 e o entendimento defendido ao longo do artigo de que o retorno da aplicação do Código de Defesa do Consumidor seria a forma mais eficaz de dar eficácia aos direitos consumeristas, conclui-se que a aplicação da



jurisprudência de valores ou a mudança de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, ideias trazidas no trabalho monográfico de Liane Pointner denominado: “A responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros por extravio de bagagem: considerações sobre o Recurso Repetitivo 210 STF e seus efeitos para o consumidor” seriam maneiras de tutelar os direitos consumeristas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto nº 5910*, de 27 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em: 08 ago 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 636331/RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=636331&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE. nº 766618/SP*. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=766618&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 ago 2018.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 409045 RJ 2013/0341811-3*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/193066862/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-409045-rj-2013-0341811-3>>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.062.534-RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1062534&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACO> Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 673048- RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=673048&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 18 set. 2018.

FARIAS Cristiano Chaves, Felipe Braga Neto e Nelson Rosendal. *Manual de Direito Civil*. V. único. Salvador: Juspodivm, 2017

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado artigo por artigo*. 13.ed, Salvador: Juspodivm, 2016.



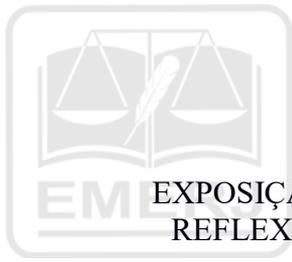
SOBRAL, Cristiano. *Indenização por Extravio de Bagagem: Prevalência das Convenções Internacionais em Detrimento do CDC*. Disponível em: <<https://blog.cristianosobral.com.br/indenizacao-por-extravio-de-bagagem-prevalencia-das-convencoes-internacionais-em-detrimento-do-cdc/>> Acesso em: 04 set. 2018.

TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 5.ed, São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 13. ed. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Extravio de bagagem. Tratados prevalecem sobre o CDC, segundo o STF*. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2017/05/extravio-de-bagagem-tratados-prevalecem.html>>. Acesso em: 18 set.2018.

POINTNER, Liane. *A responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros por extravio de bagagem: considerações sobre o Recurso Repetitivo 210 STF e seus efeitos para o consumidor*. 2017.96 f. Trabalho monográfico (Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais)- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017, p.65.



EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA: UMA VIOLÊNCIA DE GÊNERO? REFLEXOS SOCIAIS E JURÍDICOS DA CONDUTA CRIMINALIZADA PELA LEI Nº 13.718/2018

Bruna Matos de Sena

Graduada pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A conduta da exposição pornográfica não consentida que consiste, resumidamente, em divulgar conteúdo íntimo de *outrem* sem o seu consentimento, tomou grande proporção com a utilização das redes sociais, e a maioria de suas vítimas são, inegavelmente, mulheres. O que resulta em discutir o se o comportamento pode ser considerado uma violência de gênero. Até então a conduta não era criminalizada, o que vem a ser modificado com a vigência da Lei nº. 13.718/2018, que altera o Código Penal para incluir o crime. A essência do trabalho é analisar os aspectos que levaram a criminalização da conduta, e seus efeitos jurídicos e sociais a partir do novo tipo penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Exposição pornográfica. Intimidade. Mulher. Violência. Gênero.

Sumário: Introdução. 1. Lei nº. 13.718/2018: ponderações acerca do crime do artigo 218-C do Código Penal como reflexo da cultura atual e a teoria tridimensional do direito. 2. A exposição pornográfica não consentida como grave forma de violência de gênero. 3. Crime do artigo 218-C do Código Penal: repercussão jurídica e social a partir da inovação legislativa sob a ótica do direito penal constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico discute a responsabilização penal na prática da exposição pornográfica não consentida, em razão dos altos índices de vítimas dessa conduta, que decorre da exposição da intimidade sexual da pessoa por foto, vídeo ou qualquer outro meio.

Indiscutivelmente a tecnologia avança a passos largos, e diante deste fato os crimes virtuais têm aumentado de forma exponencial, considerados como uma novidade no cenário mundial. Em contrapartida, o ordenamento jurídico não avança ao mesmo passo que a tecnologia, possibilitando uma lacuna jurídica que torna incapaz a tipificação de condutas que a poucos anos eram desconhecidas.



A pesquisa se desenvolve durante um contexto fático entre a ausência de lei penal que criminalizasse a conduta e a promulgação da Lei nº. 13.718/2018, que altera o Código Penal para incluir o tipo penal específico no artigo 218-C.

A recente lei que traz a tipificação penal da conduta, publicada durante o andamento desta pesquisa, corrobora a discussão proposta no bojo deste trabalho, para além de discutir a necessidade do tipo específico, passa-se à adotá-la como questão norteadora a fim de compreender a repercussão jurídica e social a partir da inovação legislativa.

Por tal motivo, procura-se analisar como a conduta era tratada pela doutrina e jurisprudência anteriormente à Lei nº. 13.718/2018, visto que não havia uma legislação especial para essa violência, nem mesmo um tipo penal específico. E por vezes era tratado como um crime de menor potencial ofensivo, que não era compatível com as reais consequências desta violência.

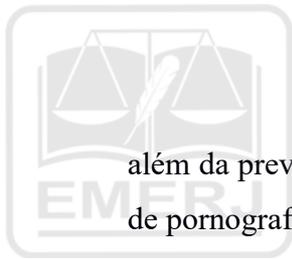
Para melhor compreensão do tema, busca-se definir a conduta de exposição pornográfica não consentida, além de analisar qual era o tratamento dado ao agente que praticava a conduta de exposição antes da vigência do novel artigo 218-C do Código Penal. Inclusive analisar a possibilidade de tratar tal conduta como uma violência de gênero, em razão da preponderância de vítimas mulheres.

O objetivo é discutir se a recente legislação penal atual trata de maneira adequada a responsabilização daquele que pratica a exposição pornográfica não consentida, e quais os seus efeitos sociais e jurídicos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão jurídica da prática da exposição pornográfica não consentida, que culminou na elaboração da Lei nº. 13.718/2018. Desta forma, é apresentado o contexto histórico em que a referida lei foi promulgada, realizando um contraponto com a teoria tridimensional do direito do jusfilósofo brasileiro Miguel Reale.

O capítulo seguinte discute a possibilidade da conduta de exposição não consentida ser considerada como uma violência de gênero, em razão da preponderância da prática por homens em face de vítimas mulheres. E nesse contexto fático, apresenta um conceito de violência de gênero sob um olhar contemporâneo. Ademais, traz recente decisão do Superior Tribunal de Justiça defendendo essa classificação, por constituir uma grave lesão aos direitos da personalidade.

O terceiro capítulo busca analisar as repercussões jurídicas e sociais a partir da novel legislação, em que considera a modificação da natureza da ação penal nos crimes sexuais,



além da previsão de causa de aumento de pena quando da prática da exposição na modalidade de pornografia de vingança.

A pesquisa é desenvolvida por meio de abordagem qualitativa, de modo que é utilizada para resolver as controvérsias existentes sobre o tema e fundamentar as soluções apresentadas ao longo do trabalho.

Para tanto, utiliza objetos de forma descritiva e explicativa a fim de que o leitor compreenda o objeto da investigação, se valendo de bibliografia pertinente à temática em foco, a fim de responder ao objetivo da pesquisa.

1. LEI Nº 13.718/2018: PONDERAÇÕES ACERCA DO CRIME DO ARTIGO 218-C DO CÓDIGO PENAL COMO REFLEXO DA CULTURA ATUAL E A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

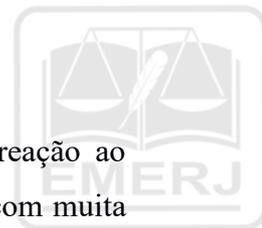
Muito aguardada pela sociedade em geral, a Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018 inovou no ordenamento jurídico e alterou o Código Penal para tipificar os crimes de importunação sexual e divulgação de cena de estupro, sexo ou pornografia. Ademais, torna pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecendo causas de aumento de pena para esses crimes, além de definir como causa de aumento o estupro coletivo e o estupro corretivo.

O presente trabalho limita-se à análise do artigo 218-C do Código Penal que tipifica o crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia. Tal artigo trouxe um tipo misto alternativo, que pune diversas condutas que tenham como objetivo tornar pública fotografia, vídeo ou registro audiovisual contendo cena de estupro ou de estupro de vulnerável, ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia.

Ainda sem analisar o *quantum* atribuído à pena e a causa de aumento prevista pela referida lei, importa destacar o papel fundamental do legislador que apresentou uma resposta ao clamor social para responsabilização penal dos agentes que praticam tal conduta.

Nesse contexto é oportuno relembrar a aplicação da teoria tridimensional do direito, contribuição do jusfilósofo brasileiro Miguel Reale¹, que se amolda perfeitamente para

¹ Miguel Reale foi um jurista, advogado, político, filósofo, professor universitário e poeta brasileiro. Foi secretário de Justiça do Estado de São Paulo e reitor da Universidade de São Paulo – USP, onde era professor titular de Filosofia do Direito. Dentre outras contribuições para a teoria geral do direito, desenvolveu a teoria tridimensional do direito.



explicar a motivação que ensejou a sanção da Lei nº 13.718/2018, como uma reação ao momento vivido atualmente em que a proliferação do conteúdo íntimo se espalha com muita rapidez e de maneira incontrolável por meio dos recursos digitais, em razão de padrões de comportamento repetidos.

A teoria desenvolvida por Miguel Reale nos trouxe uma nova visão acerca da realidade jurídica, partindo do pressuposto de que o direito é compreendido sob três aspectos epistemológicos: fato, valor e norma. Para o jusfilósofo brasileiro abandonou a visão estática da experiência jurídica, e passou a compreendê-la sob uma visão dinâmica.

Em linhas simples, Reale² reconheceu a dialeticidade entre si de fato, valor e norma, e defendia a tridimensionalidade como essência da estrutura mesma do Direito. Assim, a teoria tridimensional veio integrar em unidade orgânica conteúdo antes dispersos, vistos separadamente, ora como fato, ora como valor, ora como norma; permitindo assim, uma correlação dialética em que os três fatores componentes se desenvolvam inter-relacionados no tempo, influenciando reciprocamente em função de novas mutações factuais, axiológicas e normativas.

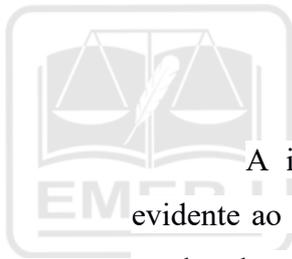
Dessa forma, a Lei nº 13.718/2018 é uma expressão dessa teoria, na medida em que a conduta de exposição íntima não consentida pelas vítimas, em sua maioria mulheres, era, e ainda é, um fato frequente na sociedade atual. Reflexo de uma cultura machista, que compreende a mulher como um objeto que pode ser possuído pelo sexo oposto.

Ainda sobre a teoria tridimensional, a conduta hoje criminalizada, também era moralmente condenável pela sociedade. Apesar do machismo velado em algumas situações, ele ainda se faz presente. Todavia, os indivíduos de modo geral, condenavam a conduta de exposição íntima não consentida, apesar de ser notório como o conteúdo era amplamente divulgado em algumas circunstâncias. Assim, a conduta possuía carga valorativa negativa.

E por fim, diante do clamor social para a criminalização de condutas que a partir da referida lei tornaram-se crimes sexuais, tal conduta passou a ser compreendida como norma, em razão do fato e a carga valorativa, nesse caso negativa, que foi a ela atribuída.

Portanto, verificada a urgência em tipificar a conduta de exposição íntima não consentida, bem como a divulgação de cenas de estupro e estupro de vulnerável, entre outras novidades trazidas no bojo da Lei nº 13.718/2018, o legislador concretizou a norma jurídica segundo a teoria tridimensional do direito.

² REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 1994, p. 150-152.



A importância da criação do tipo penal do artigo 218-C do Código Penal fica evidente ao analisar que antes de sua vigência, a conduta de exposição de conteúdo íntimo, sendo ele qual fosse, sem o consentimento da vítima não recebia uma proteção legal uniforme.

A análise da tipificação da conduta era casuística. Sendo assim, a tipificação a ela atribuída era feita por analogia a outro crime, ou seja, o delegado de polícia ou mesmo promotor de justiça, ao tipificar a conduta poderia atribuir o crime de difamação, previsto no artigo 139 do Código Penal, comprovada a intenção de atingir a honra objetiva da vítima adulta. Ou mesmo nos crimes previstos na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), nos artigos 240, 241 ou 241-A, tratando-se de vítima criança ou adolescente.

Fato é que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma proteção especial aos adolescentes e crianças, prevendo minuciosamente um capítulo para crimes contra a dignidade sexual daqueles. Todavia, o mesmo não podia ser dito em relação à vítima adulta, em que o crime de difamação previsto Código Penal era tratado como um crime de menor potencial ofensivo, com *quantum* de pena baixo, permitindo inclusive a transação penal³ para o autor do crime.

O que era totalmente incoerente com a gravidade da conduta praticada e os danos psicológicos, morais e até mesmo financeiros que aquela conduta causava na vida de suas vítimas. Assim, a pessoa que sofria aquela violência, em sentido lato, poderia ter a sua vida devassada por outrem, que responderia por um crime sob o rito da Lei nº. 9.099/95, por se tratar de um crime de potencial ofensivo menor, além da natureza da ação penal ser privada, o que fazia com que a vítima tivesse que denunciar o seu agressor para que este respondesse a uma ação penal.

Dessa forma, a Lei nº 13.718/2018 chegou em bom momento, e inovou no ordenamento jurídico de forma a tratar com um maior recrudescimento as condutas atuais, que até poucos anos atrás eram impensadas, como crimes sexuais cuja ação penal, a partir da referida lei, tem natureza pública incondicionada. Ou seja, acolheu os crimes sexuais como um problema social, que deve ser tratado com a maior importância pelo direito penal.

³ Transação penal é um instituto despenalizador pré-processual, previsto no artigo 76 da Lei nº. 9.099/95, cabível somente nos crimes de menor potencial ofensivo ou contravenções penais, que permite ao Ministério Público propor, desde que atendido os requisitos legais, a aplicação imediata de uma pena de restritiva de liberdade ou multa, que acarreta na extinção da punibilidade condicionada ao cumprimento das medidas impostas.

2. A EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA COMO GRAVE FORMA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Antes mesmo da publicação da Lei nº. 13.718/2018, que criminalizou a conduta de exposição pornográfica não consentida, a partir de então tipificada no artigo 218-C do Código Penal, houve intenso debate na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento de um recurso especial⁴ que analisou o assunto, cujo número não pode ser mencionado pois tramita em segredo de justiça, a relatora Ministra Nancy Andrighi considerou

a 'exposição pornográfica não consentida', da qual a 'pornografia de vingança' é uma espécie, constitui uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis.

A afirmação da Ministra Andrighi faz refletir sobre as formas de violência que são direcionadas a um gênero específico, qual seja, nesse caso, o feminino. Porém, é necessário compreender inicialmente a questão de gênero, para posteriormente identificar a sua relação com a conduta violenta, a fim de buscar soluções que evitem, ou mesmo encerrem, a reprodução desse comportamento violento e direcionado.

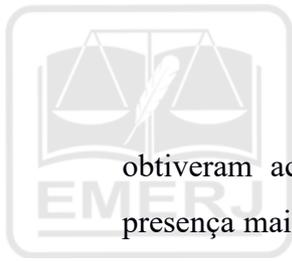
Portanto é indispensável tratar, mesmo que de forma breve, sobre a questão de desigualdade entre homens e mulheres que persistente em nosso país. O debate sobre o feminismo é essencial para que se reconheça a conduta violenta de que trata este trabalho, para que ao final seja possível analisar se o crime do artigo 218-C do Código Penal correspondeu à expectativa depositada sobre o legislador ao prever a responsabilização penal para a violência de exposição sexual.

É inegável que a maioria das vítimas da exposição pornográfica não consentida são mulheres, seja ela na modalidade de pornografia de vingança ou motivada por outro fundamento. Isso decorre da cultura machista implícita na nossa sociedade, que acredita ser a mulher uma propriedade do homem.

Nesse ponto, importante destacar a análise de Miguel⁵ ao afirmar que embora haja um discurso atual que apresenta como superada a plataforma feminista, visto que as mulheres

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Processo em segredo de justiça*. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao /noticias/Exposio-pornogrifica-nao-consentida-grave-forma-de-violencia-de-gnero,-diz-Nancy-Andrighi](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao/noticias/Exposio-pornogrifica-nao-consentida-grave-forma-de-violencia-de-gnero,-diz-Nancy-Andrighi)>. Acesso em: 09. out. 2018.

⁵ MIGUEL, Luis Felipe. BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 17.



obtiveram acesso à educação, direitos políticos, igualdade formal no casamento e uma presença mais diversificada no mercado de trabalho, ainda persistem evidências da abundante dominação masculina.

Comprovação disso foi a edição da Lei nº. 11.340/2006, batizada como Lei Maria da Penha, que surgiu como instrumento de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Segundo informações do Governo Federal⁶, a referida lei é reconhecida pela Organização das Nações Unidas – ONU, como umas das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres.

Nesse sentido, a edição da Lei nº 13.718/2018, após doze anos da promulgação da Lei Maria da Penha, vem novamente na ordem jurídica criminalizar condutas extremamente machistas, visto que em sua maioria são praticadas por homens em detrimento de vítimas mulheres. E pode ser considerado como mais um instrumento no combate à violência contra a mulher, demonstrando que o comportamento machista continua implícito fortemente em nossa sociedade.

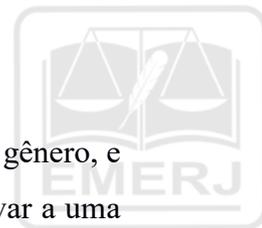
Nesse sentido Pena⁷, em seu estudo sobre a questão de gênero no Brasil, afirma que a violência dos homens praticadas contra as mulheres, trata-se de uma “questão de gênero em função do modo como os homens são socializados, e as expectativas colocadas sobre os homens pela sociedade contribuem para a violência masculina”.

Trata-se portanto, de um reflexo duradouro de um pensamento machista e patriarcal que se manteve por muitos anos, e contribui para a formação de muitos adultos, jovens, e até mesmo crianças que acreditam na superioridade do homem em relação à mulher, devendo esta se submeter à vontade daqueles sob pena de punição, que pode ser física, moral ou psicológica – local em que se encontram nas últimas duas modalidades a exposição pornográfica não consentida.

E qual o papel do Estado para coibir que esses comportamentos violentos sejam reproduzidos? Para além do direito penal e a justiça retributiva, a educação proporcionada pela família, em conjunto com a escola e o Estado é determinante para formar os bons, e conscientes, cidadãos de amanhã de modo que as mudanças de longo alcance possam acontecer.

⁶ 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>>.

⁷ PENA, Maria Valéria Junho. CORREIA, Maria C. BRONHORST, Berenice Van. OLIVEIRA, Isabel Ribeiro de. *A questão de gênero no Brasil*. Rio de Janeiro: Banco Mundial, Cepia, 2005, p. 145.



Desse modo, é forçoso que o direito não se omita em relação às questões de gênero, e assim Miguel e Biroli⁸ asseguram que “o foco nas desigualdades de gênero pode levar a uma reconfiguração da democracia, exigindo que ela corresponda mais efetivamente à promoção da igualdade entre os indivíduos”.

Entretanto, enquanto não é possível prevenir de imediato essa conduta por meio da educação de nossos jovens e crianças, a lei tem papel fundamental como uma resposta estatal para a situação urgente que estamos passando.

Nesse sentido, Baker⁹ sintetiza o papel do direito no cenário atual, ao afirmar que “o direito é um conjunto de instituições formais que regula a vida em sociedade (...) ao mesmo tempo, ele é uma das mais importantes ferramentas na luta das mulheres para alcançar o lugar que almejam obter dentro da sociedade”.

O primeiro passo foi dado com a criminalização da conduta, embora não seja essa a melhor forma de um Estado resolver os seus problemas, o princípio do direito penal como a última *ratio* indica que essa foi a maneira encontrada para buscar dirimir a prática de uma conduta tão violenta, que embora não deixe marcas físicas na vítima, pode trazer, em alguns casos, consequências muito mais devastadoras.

3. CRIME DO ARTIGO 218-C DO CÓDIGO PENAL: REPERCUSSÃO JURÍDICA E SOCIAL DA INOVAÇÃO LEGISLATIVA SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo diversos dispositivos que são parâmetros a serem observados no Direito Penal. Dessa forma, o legislador deve estar adstrito a eles no momento da elaboração do tipo. Contudo, verifica-se que a Constituição não é a única fonte das inovações legislativas, pois tem como pressuposto acompanhar as transformações atuais.

Nas palavras de Luiz Regis Prado¹⁰

a tutela penal, em um Estado Democrático e Social de Direito, não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico; por isso, a seleção e tutela do bem jurídico são consideradas legítimas, quando forem socialmente necessárias, ou seja,

⁸ MIGUEL, Luis Felipe. BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 149.

⁹ BAKER, Milena Gordon. *A tutela penal da mulher no direito penal brasileiro: a violência física contra o gênero feminino*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 47.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo. RT, 2009, p. 83.



é necessário que seja indispensável para assegurar as condições de vida, desenvolvimento e paz social.

Assim, diante de toda a discussão proposta anteriormente, restou evidenciada a necessidade de alteração legislativa a fim de instrumentalizar a proteção aos bens jurídicos liberdade e intimidade sexual das vítimas, garantidos constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, em razão da grave violação destes na conduta de exposição.

Nesse contexto foi elaborado o crime previsto no artigo 218-C do Código Penal, introduzido pela Lei nº 13.718/2018, que passou a tipificar o crime conhecido como “divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”, que abarca a conduta da exposição pornográfica não consentida.

O legislador previu duas situações diferentes em um mesmo tipo penal, qual seja, aquela em que o agente pratica todos os verbos descritos no tipo em que este divulga uma fotografia ou vídeo que contém uma cena de estupro ou que faça apologia a prática de estupro, e outro cenário que nada tem a ver com o estupro em que o agente divulga uma fotografia ou vídeo com cena de nudez ou pornografia sem o consentimento da pessoa que aparece na fotografia ou vídeo.

Assim, a conduta da exposição pornográfica não consentida tão debatida até o momento foi incorporada na segunda parte do crime do artigo 218-C do Código Penal, que tutela a liberdade sexual da vítima. Importa ressaltar que a parte final do artigo 218-C não constava no texto original do Projeto de Lei nº 5.452/2016, que previa tão somente a criminalização da divulgação de cena de estupro.

O referido Projeto de Lei foi objeto de emenda substitutiva adotada pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, que ampliou o texto original, para abarcar a conduta de exposição não consentida, além de inserir causa de aumento no parágrafo primeiro do artigo.

Nesse ponto, o legislador previu uma causa de aumento de pena, na hipótese do autor manter ou ter mantido relação íntima de afeto com a vítima, para o caso de “pornografia de vingança” ou *revenge porn* – na hipótese em que o agente, inconformado com o término da relação, divulga o conteúdo íntimo como forma de punir a(o) ex-parceira(o)- e para o caso do agente praticar o crime com o objetivo de se vingar da vítima ou humilhá-la(o).

No tocante à essa causa de aumento de pena, fica evidente a proteção projetada pelo legislador na defesa do direito das mulheres, visto que foi a própria Comissão de Defesa do Direito das Mulheres que reformou o projeto em seu texto original. O que corrobora a



ponderação feita anteriormente sobre a identificação da conduta de exposição íntima como grave forma de violência de gênero.

Outra novidade foi o *quantum* de pena atribuído ao crime, que ficou entre 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão. Desse modo, a conduta praticada não pode ser considerada como um crime de menor potencial ofensivo, pois tem pena máxima superior a 2 (dois) anos, nos termos do artigo 61 da Lei nº. 9.099/95.

Por fim, mas não menos importante, a Lei nº 13.718/2018 alterou o artigo 225 do Código Penal, até então não mencionado no trabalho, para definir que os crimes contra a dignidade sexual processar-se-ão mediante ação penal pública incondicionada.

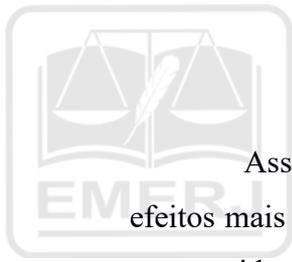
Apesar de todas as inovações importantes trazidas no bojo da referida lei, essa pode ser considerada uma das mais importantes na luta pelo combate à violência contra mulher.

Isso se deve ao fato de originalmente os crimes contra a dignidade sexual serem processados mediante queixa, o que demandava uma grande exposição da vítima, pois o impulsionamento da ação penal estava sob seu controle. Ademais, a queixa-crime deve observar o prazo decadencial de 6 (seis) meses, previsto no artigo 103 Código Penal, sob pena de decair o direito de queixa ou representação se não exercido no prazo.

Posteriormente, com a reforma do Código Penal em 2009 houve nova alteração neste artigo 225, para prever que os crimes processados no capítulo seriam exercidos mediante ação penal pública condicionada à representação, ressalvada as hipóteses de vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Novamente havia a concentração do exercício da ação penal sob a responsabilidade da vítima, pois embora a ação penal fosse iniciada pelo Ministério Público, este precisaria satisfazer uma condição de procedibilidade para exercê-la, qual seja, a representação do ofendido, que se não exercesse no prazo decadencial, decairia do direito de ação. Já não bastasse toda o sofrimento ocasionado em razão da violência sofrida contra a dignidade social, havia o (curto) prazo decadencial a ser observado.

Portanto, a modificação para tornar a ação penal pública incondicionada nos crimes contra a dignidade sexual é um importante instrumento no combate à violência contra a mulher, pois torna o Ministério Público o *dominus litis* da ação penal, visto que este não necessita de autorização ou manifestação de vontade de quem quer que seja para iniciá-la. Basta constatar que está caracterizada a prática do crime para promover a ação penal.



Assim é possível constatar que o Estado passou a considerar os crimes sexuais com efeitos mais gravosos aos interesses individuais, tanto que aplicou a regra da ação penal para estes, evidenciada por essa alteração legislativa.

Dessa forma, fica evidenciada inequivocamente a necessidade de mudança no comportamento social, que é reflexo de uma cultura machista e patriarcal. Contudo, nesse momento o legislador não pode se omitir, pelo contrário, deve desempenhar o seu papel, agindo de modo a implementar medidas legislativas capazes de reduzir os altos índices de violência contra as mulheres que persistem no Brasil. Portanto, todas as medidas legislativas apresentadas foram convenientes e oportunas.

CONCLUSÃO

A exposição pornográfica não consentida surgiu em um contexto social de inovações tecnológicas, em que tornou-se fácil a disseminação de informações em pouquíssimo tempo, alcançando, em contrapartida, uma infinidade de pessoas. Dessa forma, é difícil, e quase que inevitável, conter os efeitos dessa propagação.

Assim o dano, causado à vítima que tem a sua intimidade sexual exposta pode ser imensurável. Dessa forma, visando buscar o controle dentro do que se considera possível, a sociedade almejava uma resposta estatal quanto a punição dos causadores dessa determinada conduta devastadora na vida de suas vítimas.

Como uma resposta aos fatos acontecidos de forma reiterada, que atingem inúmeras vítimas, o Estado atendeu à valoração negativa atribuída pela sociedade a essa conduta. Apesar do alcance distinto de vítimas, sem considerar um padrão de região ou idade, há uma semelhança em sua maioria, qual seja, a maioria das vítimas dessa conduta são mulheres.

Nesse sentido, é imprescindível tratar a questão sob a ótica da violência de gênero, ou seja, debater a propagação do ciclo de violência em face um só alvo. Assim, a importância da construção de um debate que assume a dificuldade de ser mulher nos dias de hoje é fundamental. Apesar do grande avanço na conquista de direitos, a mulher ainda é alvo de uma violência específica, qual seja, a dominação masculina.

Nesse contexto, a exposição pornográfica não consentida, em especial por meio da *revenge porn*, ou pornografia de vingança, é mais uma grave forma de violência de gênero. A liberdade sexual da mulher limitada se comparada com a liberdade sexual do homem, pois enquanto ele pode exercê-la sem limites, a mulher tem o exercício de sua intimidade sexual



revestida de preconceitos, que culmina na forma como a própria sociedade julga a mulher que é exposta.

Retrato de uma sociedade machista, em que alguns homens ainda tem a mulher como sua propriedade, foi a elaboração da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que surgiu como mais um instrumento no combate à violência doméstica, e como um marco na luta contra a desigualdade entre homens e mulheres.

Do mesmo modo, conclui-se que os tipos penais trazidos no bojo da Lei nº. 13.718/2018 foi mais um marco na luta das mulheres no seio de uma sociedade machista e patriarcal, apesar dos avanços já mencionados.

Em especial a conduta tipificada no artigo 218-C do Código Penal, que abarca o comportamento da exposição pornográfica não consentida, foi mais uma demonstração do avanço da nossa sociedade em busca do respeito e igualdade da mulher. Demonstração também que o direito, é um importante aparelho de promoção do combate à desigualdade.

A causa de aumento de pena para aquele que pratica a *revenge porn*, ou pornografia de vingança, é mais uma constatação do quão ínsito está presente a dominação nos relacionamentos. Leia-se, nesse caso, a dominação masculina em face do gênero feminino. Em contrapartida, para além da responsabilização penal, o tipo vem reforçar que não mais será tolerado nenhuma forma de violência que atente contra a liberdade sexual de qualquer indivíduo, em especial a mulher.

Portanto, a reflexão que o trabalho pretende deixar é que a legislação é um meio importante, quiçá essencial na promoção de direitos e proteção do indivíduo. E isso se mostra cada vez mais frequente no ordenamento jurídico pátrio, especialmente em relação ao gênero feminino, a fim de erradicar esse tipo de violência.

Contudo, não se deve deixar de notar que o direito penal só vai intervir nas relações privadas como última medida. Deve-se buscar primordialmente a educação na formação dos indivíduos, compreendendo essencialmente a igualdade entre qualquer ser humano, no intuito de erradicar o pensamento de que existe algum ser humano mais possuidor de direitos que outro.



REFERÊNCIAS

BAKER, Milena Gordon. *A tutela penal da mulher no direito penal brasileiro: a violência física contra o gênero feminino*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2018.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 8 mai. 2018.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 09 out. 2018.

_____. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 09 out. 2018.

_____. *Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Processo em segredo de justiça*. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao/noticias/Exposio-pornografica-nao-consentida-grave-forma-de-violncia-de-gnero,-diz-Nancy-Andrighi>. Acesso em: 09. out. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 5.452 de 2016*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>. Acesso em: 09. Out. 2018.

BRODT, Luis Augusto Sazo; SIQUEIRA, Flávia [Orgs.] *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MIGUEL, Luis Felipe. BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2014.

PENA, Maria Valéria Junho. CORREIA, Maria C. BRONHORST, Berenice Van. 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: 09. out. 2018.



PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Isabel Ribeiro de. *A questão de gênero no Brasil*. Rio de Janeiro: Banco Mundial, Cepia, 2005.



PRISÃO DOMICILIAR E A DICOTOMIA ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A LEI DE EXECUÇÕES PENAS, NORMA GERAL SENDO APLICADA NO LUGAR DA NORMA ESPECIAL

Bruno Danilo Moraes Silva

Graduado pela faculdade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – O presente artigo tem por objetivo o intuito de estabelecer as possíveis indagações acerca da prisão domiciliar e a partir daí dirimir as dúvidas que vierem a surgir, fazendo dessa forma um conjunto organizado de informações úteis e inteligentes para auxiliar os operadores do direito que porventura desejem se aprofundar um pouco mais no tema de prisão domiciliar. Abordando, no caso, a obrigatoriedade da prisão domiciliar caso o sujeito atenda aos requisitos; demonstrando todas as diferenças contidas nos dois dispositivos legais que trazem hipóteses de aplicabilidade; e demonstrando qual a norma mais adequada a ser aplicada.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito à prisão domiciliar. Obrigatoriedade a aplicação da prisão. Aplicabilidade do Código de Processo Penal ou da Lei de Execuções Penais.

Sumário – Introdução. 1. Estando o condenado dentro dos requisitos legais, o juiz tem obrigatoriedade de aplicar a prisão domiciliar ou não? 2. Diferenças entre o código de processo penal e a lei de execuções penais no tocante à prisão domiciliar. 3. É possível se aplicar o código de processo penal no lugar da lei de execução penal mesmo sendo aquela uma norma geral e esta uma norma especial? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa demonstrar as diferenças existentes quando o assunto é a prisão domiciliar, uma vez que tanto o código de processo penal como também a Lei de execuções penais trazem rol que diz em quais hipóteses se aplicam tal medida, porém tais rols não são iguais, existindo assim, divergências entre si.

Tal pesquisa apresenta como tema “A prisão domiciliar e a antinomia existente entre o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais, norma geral sendo aplicada no lugar de norma especial”, sendo assim o presente trabalho traz as seguintes questões norteadoras: estando o condenado dentro dos requisitos legais, o juiz tem obrigatoriedade de aplicar à prisão domiciliar?; até que ponto o código de processo penal diverge da lei de execuções penais no tocante a prisão domiciliar?; É possível se aplicar o código de processo penal no lugar da lei de execução penal mesmo sendo aquela uma norma geral e esta uma norma especial?

Estas questões norteadoras como o próprio nome diz possuem a função de nortear a pesquisa como forma de dar mais concisão e precisão ao trabalho, sendo que cada questão

possui uma função específica na pesquisa.

A primeira questão busca dirimir a dúvida existente quanto à obrigatoriedade ou não, se existe no tocante à aplicabilidade da prisão domiciliar caso o sujeito esteja dentro do tanto a lei estabelece para assim, se possa aplicar a medida. Tal questão ainda tem a função de iniciar o projeto como uma forma de introduzir o leitor no tema de forma mais abrangente.

A segunda questão norteadora entra com afinco ao tema do presente trabalho, uma vez que já possui a função de delimitar o leitor acerca de cada item do rol tanto do artigo 318 do código de processo penal como também ao artigo 117 da Lei de Execução Penal, demonstrando com isso as divergências e os motivos de serem divergentes tais requisitos.

Por fim, a terceira questão norteadora traz à tona um questionamento existente no mundo jurídico, sendo esse questionamento o fato de que muitas vezes o código de processo penal é aplicado nos casos concretos ao invés de se aplicar a Lei de Execução Penal. Fato que, em tese, configuraria um erro crasso se levar em consideração as formas de resolução de conflito aparente de normas estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico.

Isso ocorre pois, ambas as leis possuem um rol específico aonde delimitam hipóteses em que seria ou não aplicada a pena de prisão domiciliar, porém acontece que esses rols são distintos um sendo mais rígido que o outro, e inclusive o rol mais rígido é justamente o rol da lei geral, motivo pelo qual nasce a grande divergência no caso.

Sendo assim tal questão visa a exatamente dirimir essa dúvida de tal forma a identificar todos os seus motivos.

O presente trabalho não busca esgotar o assunto de forma alguma, o que se visa, na realidade, é demonstrar da melhor forma possível os âmbitos de vigência que abrangem a prisão domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, realizando um relevante estudo na questão da prisão domiciliar e sua aplicabilidade na seara do direito processual penal.

A presente pesquisa busca o maior grau possível de esclarecimento do leitor acerca do tema da prisão domiciliar delimitado aqui, visando a forma mais clara e coesa possível compatibilizar o leitor com a questão da divergência existente quando o assunto é qual lei deve ser aplicada e tentar entender o porquê isso acontece, levando em sua principal busca a diminuição da divergência no mundo jurídico de forma a se dar mais estabilidade ao jurisdicionado ao saber qual lei será aplicada em seu caso específico, para que não se fique a mercê da sorte ou da doutrina aplicada pelo seu julgador.

Como dito o presente artigo não possui a audácia de se esgotar o assunto, porém é necessário se trabalhar o assunto com afinco e com o propósito de auxiliar os usuários da justiça brasileira, como forma de se maximizar sempre a segurança jurídica no âmbito do processo



penal brasileiro, tornando-o cada vez mais eficiente e justo.

1. ESTANDO O CONDENADO DENTRO DOS REQUISITOS LEGAIS, O JUIZ TEM OBRIGATORIEDADE DE APLICAR A PRISÃO DOMICILIAR OU NÃO?

O presente capítulo tem como principal foco dirimir a questão da obrigatoriedade ou não da aplicação da prisão domiciliar caso o indivíduo possua um ou mais dos requisitos elencados na lei.

Primeiramente deve-se verificar tal tema acerca da leitura literal dos dispositivos legais que regem tal medida.

Começa-se então pela análise do Código de Processo Penal, pois em seu artigo 318¹ logo no seu caput traz o texto “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for”, sendo portanto pela presente leitura observamos logo no seu início, sua primeira palavra o termo poderá. Tal termo então leva a crer que a prisão domiciliar como medida legal, não é algo obrigatório de ser aplicado, o termo portanto remete a ideia de que mesmo que o indivíduo condenado preencha um ou mais requisitos do rol contido no dispositivo o juiz não está obrigado, vinculado a aplicar a medida de prisão domiciliar. Isso é claro pensando na aplicabilidade do código de processo penal no caso, pois ainda existe a divergência a cerca da aplicabilidade do código de processo penal ou da lei de execuções penais, divergência essa que será dirimida no próximo capítulo.

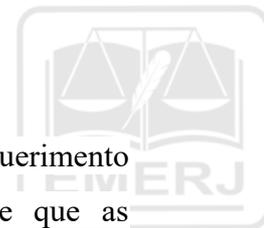
Em suma, no estudo da Lei de Execuções Penais (LEP), para fazer a leitura literal do dispositivo que traz o rol de aplicabilidades, possíveis a pena de prisão domiciliar, sendo seu texto “Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de”, o presente texto não é tão claro quanto ao artigo estudado anteriormente, pois em seu corpo não possui nenhuma termo que nos remeta a obrigatoriedade ou a discricionariedade da aplicação da prisão domiciliar.

Porém, por sorte existe ainda o dispositivo que antecede o artigo 117², sendo portanto o artigo 116³ da mesma Lei de Execuções Penais que possui uma texto muito mais claro a cerca

¹ BRASIL. *Código de processo penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

² BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2019.

³ BRASIL, op. cit., nota 2.



do presente tema “O Juiz poderá modificar as condições estabelecidas, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem.”, pelo presente texto a interpretação literal do dispositivo fica evidente que também traz a discricionariedade como sendo parte da prisão domiciliar, pois mais uma vez o início do dispositivo traz expressamente o termo poderá.

Coincidentemente o artigo 116 preteritamente exposto, remete um fato novo que embora não tenha sido citado como divergente cabe a sua exposição, que é o fato que o juiz pode de ofício decretar a prisão domiciliar, fato esse que não fora mencionado nos dispositivos do código de processo penal a cerca do tema. Ocorre que sua decretação de ofício faz total sentido quando comparamos a prisão domiciliar com a prisão preventiva, pois se até a prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo juiz no âmbito do processo penal, nada mais justo que a prisão domiciliar também possa uma vez que esta é uma medida menos grave.

Pelo exposto portanto percebe-se que a partir da análise da literal dos artigos referentes tanto a prisão domiciliar tanto no Código de Processo Penal como também na Lei de Execuções Penais verifica-se que a decretação da medida de prisão domiciliar é algo excepcional, que o juiz não é vinculado nem obrigado a decretar mesmo que o condenado cumpra ou não os requisitos elencados tanto no artigo 318 do Código de Processo Penal como também na lei de execuções penais, ambos estudados aqui.

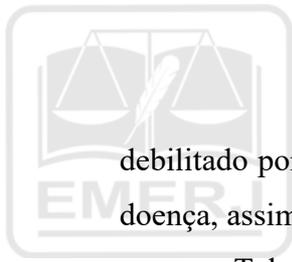
A partir de agora mais que uma simples leitura há a necessidade de se embasar o entendimento em mais do que isso, e sendo assim deve-se ter de ser demonstrado diversos posicionamentos do processo penal, afinal se não for levantado o entendimento desses posicionamentos distintos e também dos tribunais não haveria que se falar em dúvidas a dirimir e apenas em posicionamento a se demonstrar, o que não é o caso.

Eugênio Pacelli no livro curso de processo penal, não cita expressamente e diretamente sua posição quanto à obrigatoriedade ou não da sua aplicação.

Porém fazendo uma leitura sintomática é perceptível que sua posição ser no sentido da não obrigatoriedade da medida mesmo que o sujeito preencha os requisitos. Na verdade é interessante em sua obra que ele traz espécies de sub requisitos que não estão na lei nem no Código de Processo Penal e nem na Lei de Execuções Penais mas que são sub requisitos interessantes e que vale apenas se mencionar, e talvez até serem adotados.

Eugênio Pacelli⁴ traz o entendimento que quando a prisão domiciliar se der por exemplo pelo inciso II do artigo 318 do Código de Processo Penal “II - estiver ele extremamente

⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014 (e-book).



debilitado por motivo de doença grave”, é necessário que se traga aos autos prova técnica da doença, assim como quando for o caso de prisão domiciliar oriunda de gravidez.

Tal sub requisito pode parecer óbvio mas, exatamente por não estar na lei é algo que vale a pena ser dito a fim de se esquivar de qualquer má-fé eventual que possa surgir em um processo. Outro sub requisito trazido é a questão, quando se der a prisão domiciliar em virtude do réu ter filho menor para cuidar, deve ser demonstrado nos autos que o menor de fato mora com o condenado caso contrário só por ter filho e se o filho nem mesmo morasse com o sujeito à aplicação da medida seria incoerente e inútil.

Passa-se, portanto, agora à leitura da obra de direito processual penal do autor Aury Lopes Junior⁵. Nesta obra verifica-se que o autor é bem sutil ao passar pelo tema, uma vez que ele é bem sucinto e preciso em seu diálogo, porém embora sucinto deixa bem claro seu entendimento sobre o tema.

O autor Aury Lopes Junior destaca em sua obra, onde ele chama a prisão domiciliar de prisão cautelar. Aos seus olhos, tal prisão serve para acautelar um determinado bem jurídico, quais sejam eles, os contidos no rol do Código de Processo Penal, uma vez que ele somente cita esse código como parâmetro para a prisão domiciliar, não citando em momento algum a Lei de Execuções Penais.

O autor corrobora com o mesmo entendimento de Eugênio Pacelli⁶, ao dizer que para a comprovação dos requisitos é necessário que se demonstre pela via documental que o condenado cumpre o requisito que alegar.

A prisão cautelar, está submetida aos mesmos requisitos e princípios da prisão preventiva. Logo, entende-se que sendo a prisão preventiva uma faculdade, pode ou não ser decretada pelo juiz, inclusive de ofício, o autor então leva a crer que a prisão domiciliar também é discricionária, podendo ou não ser adotada pela autoridade judiciária e que ainda pode ser adotada de ofício, logo sem requerimento de ninguém até mesmo da parte interessada.

Como última leitura passa-se a verificar as posições dos tribunais superiores, tanto do supremo tribunal federal (STF) quanto do superior tribunal de justiça (STJ). Ambos os tribunais já possuem posição bem solidificada nesse ponto que é simplesmente a mesma posição que já fora mencionada aqui tanto pela leitura literal do artigo como também pelas posições dos dois doutrinadores supre citados, Eugênio Pacelli⁷ e Auri Lopes Junior⁸.

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (e-book).

⁶ PACELLI, op. cit., nota 4.

⁷ PACELLI, op. cit., nota 4.

⁸ LOPES JUNIOR, op. cit., nota 5.



Isso pode ser percebido através de breves pesquisas que demonstram em vários pontos que ambos os tribunais mencionam a aplicação da prisão domiciliar como possível em determinados momentos, tendo o réu abrangido pelo menos um dos requisitos legais.

A palavra possível usada nos tribunais, remete à ideia que pode ser aplicada não sendo portanto um ato obrigatório do juízo.

Essa posição é uníssona tanto no Supremo Tribunal Federal como também no Superior Tribunal de Justiça, não havendo divergências nos tribunais acerca desse tema.

Pode-se, portanto, perceber então que dizer que a aplicação da prisão domiciliar seria obrigatória para o réu que estivesse de acordo com pelo menos um dos requisitos legais. É um entendimento que se percebe que não é adotado, que não deve ser acolhido em hipótese alguma em provas pois, tal aplicação seria tornar a resposta do caso como incorreta, a não ser que dependesse que a banca do referido concurso estivesse de acordo com tal posicionamento, mas somente nessa hipótese.

A doutrina⁹ que deve ser adotada em quase qualquer hipótese é de que a aplicação da prisão domiciliar é algo discricionário do juízo, devendo não só analisar os requisitos legais para a sua aplicação como também analisar a efetividade da medida de prisão domiciliar e a efetividade de prisão comum para somente assim se decidir ou não pela prisão domiciliar no caso concreto.

A exemplo desse entendimento pode-se citar o HC Nº147.490 AGR/SP – São Paulo¹⁰, do STF que nada mais é que uma decisão em que o sujeito estava preso e se enquadrava em um dos requisitos da prisão domiciliar, sendo esse requisito o de doença grave.

Porém, ocorre que mesmo o réu estando enquadrado em uma hipótese a se ensejar a aplicação da prisão domiciliar, o tribunal entendeu que o estabelecimento prisional possuía meios suficientes para tratar o paciente da melhor forma possível, tão bem quanto se ele estivesse fora do estabelecimento prisional. E, sendo assim não haveria a necessidade de se estabelecer ao réu a prisão domiciliar, podendo portanto mantê-lo em prisão comum pois, não o acarretaria nenhum tipo de prejuízo, demonstrando assim o que havia sido mencionado aqui no tocante a haver não só a aplicabilidade do requisito como a fundada e devida necessidade de se aplicar ao réu a prisão domiciliar.

Vê-se, portanto o presente capítulo com o entendimento consolidado de que a aplicação da prisão domiciliar não é um ato obrigatório ao juiz mesmo que o réu apresente um ou mais

⁹ PACHELLI, op. cit., nota 4.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 147490*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <www.portal.stf.jus.br>. Acesso em: 21 mar. 2018.



requisitos para sua aplicação, devendo ser levado em consideração outros fatores e a devida prova de tudo, pois no tocante que a prisão comum é somente em última análise feita, a prisão domiciliar é igualmente sendo portanto um poder discricionário do juiz que a deferir.

2- DIFERENÇAS ENTRE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E LEI DE EXECUÇÕES PENAIS NO TOCANTE À PRISÃO DOMICILIAR

Deve-se esclarecer que o tema prisão domiciliar no Código de Processo Penal encontra-se alocado no artigo 318¹¹ e conta com o estabelecimento de seis incisos e mais um parágrafo, enquanto que o mesmo tema quando se fala em lei de execuções penais encontra-se alocado no artigo 117 com a presença de apenas quatro incisos.

Preliminarmente percebe-se que o artigo 117 da Lei de Execuções Penais estabelece menos hipóteses que o Código de Processo Penal, porém é bem verdade que o código nesse tocante é bem mais rígido para a aplicabilidade da medida de prisão domiciliar do que a Lei de Execuções Penais, embora esta possua menos hipóteses de cabimento da medida, aquele ainda assim é mais rígido em cada um dos pontos de aplicação, como se perceberá a seguir.

O Código de Processo Penal no primeiro inciso do artigo 318, traz a hipótese de cabimento da prisão domiciliar ao condenado que possua mais de 80 anos, enquanto que a lei de execuções penais no artigo 117¹² em seu artigo primeiro traz a hipótese ao preso condenado, que possua mais de 70 anos.

Claramente percebe-se uma diferença de 10 anos entre um inciso e o outro, uma diferença significativa, e o mais interessante é que a lei de execuções penais que é a lei voltada exclusivamente para a execução das penas é mais branda nesse ponto do que o código de processo penal.

Já no segundo artigo dos mesmos dispositivos tem-se a exposição do segundo requisito possível para aplicação da medida, que no caso do Código de Processo Penal é extremamente debilitado por motivo de doença grave, já a lei de execuções penais traz em seu texto apenas o condenado acometido por doença grave.

Mais uma vez a possibilidade trazida pelo código de processo penal é mais dura que a

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.



trazida pela Lei de Execuções Penais, pois embora os dois dispositivos tratem de doença grave, o elencado pelo Código de Processo Penal traz em sua expressão extremamente debilitado o que mostra claramente a intenção do legislador em demonstrar que só deve ter direito a prisão domiciliar não qualquer doente oriundo de uma grave doença mas sim aquele doente que não possua mais condições de se tratar dentro do estabelecimento penal e/ou aquele que esteja tão grave que em uma tentativa do estado de lhe dar uma última dignidade em sua vida lhe permite passar esse tempo ao lado de seus familiares em sua residência.

Vale lembrar ainda que o termo doença grave é bem amplo, sendo portanto um termo subjetivo em que o juiz quem irá decidir se a doença do sujeito é considerada grave ou não, muito embora essa discricionariedade só vá ser relevante mesmo no caso do requisito estabelecido pela lei de execuções penais já que neste caso qualquer doença grave permitiria a aplicabilidade da prisão domiciliar, visto pois que o Código de Processo Penal trazendo esse requisito de extremamente debilitado torna pouco importante a doença na qual o condenado esteja acometido, devendo prevalecer o seu estado de saúde acima de sua doença específica.

Sobre o tema vale a leitura do artigo publicado pelo professor Renato Marcão¹³ no site migalhas, aonde ele é bem sucinto e preciso no seu entendimento demonstrando a prisão domiciliar como substituta da preventiva, inclusive neste artigo o autor demonstra que conforme será abordado no próximo capítulo ele entende deve ser aplicado ao caso de prisões domiciliares o Código de Processo Penal e não a Lei de Execuções Penais.

Na terceira hipótese de cabimento a diferença é ainda mais ampla, tendo em vista o Código de Processo Penal em seu dispositivo traz a ideia de que o condenado para ter direito a esta medida deve ser imprescindível a pessoa menor de 6 anos ou com deficiência, interessante destacar que não traz a palavra filho e sim pessoa, o que demonstra que não precisa ser ascendente para ter esse direito basta ser imprescindível aos cuidados dessa pessoa. A Lei de Execuções Penais traz como terceira hipótese o requisito de o condenado ter filho menor ou deficiente.

Percebe-se de diferença mais uma vez que embora para o Código de Processo Penal não precise ser filho como dito logo acima, a Lei de Execuções Penais remete exatamente a necessidade de ser filho, porém também traz que qualquer filho menor ou deficiente e como se sabe menor é todo aquele que possua até 18 anos incompletos, logo mais uma vez a Lei de Execuções Penais é extremamente mais ampla que o Código de Processo Penal pois o Código

¹³ MARCÃO, Renato. *Prisão domiciliar substitutiva da preventiva*: a Lei 13.257/16 e o atual artigo 318, incisos IV, V e VI, do CPP. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255591,61044-prisao+domiciliar+substitutiva+da+preventiva+lei+1325716+e+o+atual>>. Acesso em: 21 mar. 2018.



de Processo Penal diz que a pessoa deva ser menor de 6 anos não qualquer menor, o que denota mais uma vez uma diferença gritante em relação aos dois dispositivos.

No próximo inciso não há divergências, tanto o Código de Processo Penal quanto também a Lei de Execuções Penais trazem exatamente o mesmo requisito, que é a condenada estar grávida, ou seja, ao pé da letra traz o termo gestante.

Ocorre que cabe apenas um adendo, o texto trazido pela Lei nº 12.403 de 2011¹⁴ era que só teria direito a gestante que estivesse após o sétimo mês de gravidez ou fosse esta de alto risco, o que era portanto uma enorme divergência em comparação com a Lei de Execuções Penais, ocorre que no ano de 2016 esse texto foi revogado pela Lei Nº13.257 onde trouxe apenas o termo gestante, se adequando portanto ao termo trazido pela Lei de Execuções Penais, dirimindo nesse ponto portanto qualquer divergência entre os dispositivos legais.

A mesma Lei nº 13.257¹⁵ de 2016 trouxe consigo ainda os outros 2 incisos contidos no artigo 318 do Código de Processo Penal, entretanto a Lei de Execuções Penais parou no quarto inciso, não possuindo mais nenhuma hipótese de cabimento da prisão domiciliar.

O inciso V do dispositivo legal, traz como requisito para a imposição da medida que a mulher condenada tem direito a prisão domiciliar caso tenha filho menor de 12 anos de idade incompletos.

Esse inciso por sinal foi aquele inciso que foi alvo do *Habeas Corpus* coletivo ao STF no qual se pediu que se aplicasse a prisão domiciliar a todas as mulheres que tivessem filhos menores de 12 anos, o que fez com que se passasse a entender que pelo menos nesse caso o STF entendeu pelo obrigatoriedade da medida de prisão domiciliar, caso claro a mulher cumpra especificamente este inciso como requisito.

O *Habeas Corpus* coletivo de número 143641¹⁶ concedeu a substituição das prisões preventivas a prisão domiciliar a todas as mulheres que tivessem filhos menores de 12 anos ou com deficiência sem prejuízo das medidas contidas no artigo 319¹⁷ do Código de Processo Penal.

É claro que, embora o STF tenha, nesse caso, praticamente vinculado as decisões de prisão domiciliar devam ser aplicadas, deve-se tomar muito cuidado e ser avaliado o caso

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 04 de maio de 2011. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 13.257*, de 08 de março de 2016. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143641*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<www.portal.stf.jus.br>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.



concreto pois não é razoável que em casos em que a mulher é presa colocando em risco a vida do menor, ou praticando crimes contra o próprio menor ou até mesmo praticando os crimes na presença do menor, lhe seja aplicada a prisão domiciliar, isso por que é evidente que esta decisão do supremo tribunal federal não foi para beneficiar a mãe e sim para beneficiar a criança, sendo assim mesmo tendo essa decisão do STF, o juiz deve sim analisar caso a caso para verificar corretamente se há possibilidade de aplicação da medida.

O último inciso do artigo 318¹⁸ do Código Penal é bem parecido com o anterior, na verdade esse último requisito é voltado para o homem que seja o único responsável pelos cuidados do filho de 12 anos incompletos.

Esse dispositivo é voltado portanto para o pai da criança, mas a medida só é aplicável se for o único responsável, diferente do inciso anterior que é voltado para a mãe e não traz esse requisito de ser a única responsável. Mais uma vez percebesse que é um inciso voltado primordialmente para o bem estar da criança, para o melhor interesse do menor.

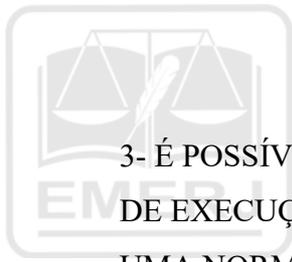
Tanto o inciso IV, como o V e também o VI possuem um objetivo bem delineado, que é o melhor interesse do menor, isso ocorre pois a Lei que os instituiu em 2016 foi a Lei n° 13.257¹⁹, lei que também é conhecida como a lei da primeira infância.

O parágrafo único é um dispositivo que apenas traz o óbvio, para que o juiz possa decretar a medida com base em qualquer dos incisos citados no Código de Processo Penal é necessária a prova idônea de existência da hipótese contida nesses incisos.

Portanto, embora o núcleo de cada artigo comparativamente entre Código de Processo Penal e Lei de Execuções Penais sejam bem parecidos, é bem claro que o Código de Processo Penal é um artigo muito mais amplo do que a Lei de Execuções Penais e ao mesmo tempo é um artigo mais rígido também, trazendo mais hipóteses de incidência e ao mesmo tempo trazendo também requisitos mais duros dentro de cada hipótese.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 15.



3- É POSSÍVEL SE APLICAR O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO LUGAR DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL MESMO SENDO AQUELA UMA NORMA GERAL E ESTA UMA NORMA ESPECIAL?

Como foi visto nos capítulos anteriores a norma geral sobre prisão domiciliar no caso o Código de Processo Penal é uma norma mais rígida do que a norma especial sobre o mesmo assunto, a Lei de Execuções Penais. Embora alguns dos incisos que tratam do assunto se assemelhem bastante em ambas as leis, quando se fala em Código de Processo Penal percebe-se um maior rigor da norma em se aplicar a prisão domiciliar.

Em virtude disso, atualmente tem se aplicado o Código de Processo Penal em detrimento da Lei de Execuções Penais para se concretizar a prisão domiciliar, em primeira leitura isso pode parecer um contrassenso uma vez que está claramente violando o princípio da especialidade contido na disciplina de conflito aparente de normas, isso porque se quer aplicar a norma mais severa ao invés da norma especial que deveria ser aplicada.

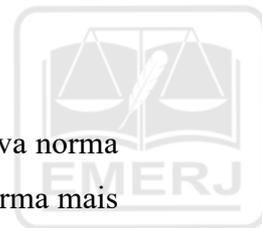
Mas tudo tem um por que bem específico e correto, a norma contida no Código de Processo Penal não é só uma norma geral e mais severa, é na verdade uma norma mais específica e muito bem delimitada, isso porque ela não traz só as hipóteses de cabimento mas ela delimita bem esse cabimento, impedindo margens de interpretações análogas e amplas demais, inibindo assim que a prisão domiciliar fosse aplicada a todo presidiário, o que claramente e pacificamente inviabilizaria o sistema.

No tocante a Lei de Execuções Penais ela é muito ampla em suas possibilidades de aplicação do sistema de prisão domiciliar e sendo assim a aplicabilidade seria grande demais o que como dito no parágrafo anterior inviabilizaria o sistema da prisão domiciliar, pois suas hipóteses de cabimento são amplas demais.

Um dos fundamentos mais utilizados para que ocorra essa inversão de aplicação é a hipótese de interpretação estabelecida no Brasil por Claudia Lima Marques, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Esta teoria²⁰ foi criada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da universidade de Helderberg.

Esta teoria além estabelece que é possível uma norma especial ser afastada para a aplicação de uma norma geral, tendo em vista que a norma geral em questão é mais nova que a

²⁰ MARQUES apud PRADO, Sergio Malta. *Da teoria do diálogo das fontes*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048-Da+teoria+do+dialogo+das+fontes>>. Acesso em: 21 mar. 2018.



norma geral o que pode dar a entender na premissa que o legislador ao criar uma nova norma mais severa para um caso que já existe tipificação legal, quer na verdade que essa norma mais severa seja efetivamente aplicada ao invés de se aplicar a outra norma mais antiga e mais branda.

Além desse fundamento pode-se retirar também o fundamento de que, ao aplicar a norma mais nova, o que se quer é tornar o instituto da prisão domiciliar restrito a poucas pessoas, de forma que assim o que estará acontecendo é que a prisão domiciliar será algo difícil de se conseguir e poucos terão direito, e dessa forma aqueles que conseguirem ser incluídos nesse sistema darão valor a isso, obedecendo a norma e fazendo valer o seu real intuito do instituto que é a recuperação do acusado.

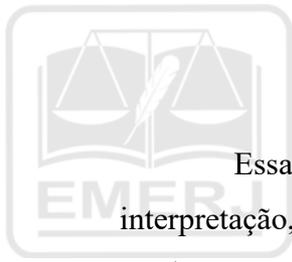
Um problema gerado a partir dessa interpretação é justamente que alguns doutrinadores minoritariamente consideram tal hipótese como inconstitucional, isso ocorre por que a teoria do diálogo das fontes não é muito difundida e usada no Brasil justamente por em tese violar o princípio da especialidade. Logo esses doutrinadores minoritariamente entendem que aplicar essa teoria é apenas uma desculpa para se aplicar a lei mais grave em detrimento da mais benéfica mesmo a mais grave sendo apenas uma norma geral.

Com isso há uma intensa discussão sobre essa aplicabilidade. Porém tal discussão inócua quando verifica-se que a posição majoritária é bem simples no sentido de que cabe sim a aplicação do Código de Processo Penal em detrimento da Lei de Execuções Penais pois não só a maior parte dos doutrinadores se posicionam sem dúvidas no sentido de se aplicar o Código de Processo Penal como também o próprio Supremo Tribunal Federal aplica o Código de Processo Penal, interpretação esta que pode ser extraída da decisão no *Habeas Corpus* coletivo número 143641²¹, pois a hipótese aplicada ao caso se adequa ao Código de Processo Penal, e sendo assim é claro que o STF se alinha ao posicionamento majoritário da doutrina de se aplicar o Código de Processo Penal.

Esse julgado citado foi um julgado muitíssimo importante para o tema, julgado esse que inclusive já foi mencionado nesta obra, e sendo assim jamais caberia o argumento de dizer que este julgado é meramente casuístico.

Acontece portanto, que embora o tema vá de encontro ao que usualmente é considerado o mais correto (se aplicar o princípio da especialidade), é correto afirmar que neste caso a conclusão pelo diálogo das fontes se adequa mais ao considerado pela maior parte da doutrina como razoável e proporcional.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 16.



Essa interpretação abre espaço para que outros institutos do direito recebam a mesma interpretação, o que deve se tomar muito cuidado, pois esse tipo de interpretação só pode ser usado em prol do bem do direito, o problema é que esse bem do direito é um conceito muito vago que merece uma atenção demasiadamente grande para se inibir equívocos e erros que possam vir a prejudicar o bom uso do direito e da justiça.

Logo, percebe-se que é uma premissa perigosa de se deixar de aplicar uma norma especial que em tese foi criada para que seja aplicada dessa maneira em prol de uma norma geral pois esse tipo de interpretação deve ser restrito ao máximo para que não se torne algo corriqueiro pois se não conforme dito no parágrafo anterior o direito brasileiro irá perder mais do que se pode mensurar devido ao desleixo.

Portanto, é uma interpretação que foi muito bem pensada antes de ser usada, pensada para que seja feito sempre o melhor trabalho possível na aplicabilidade da justiça, e com essa interpretação houve o violabilidade de aplicação de uma norma que assim sendo viabilizou também a aplicação de um instituto muito importante para o direito penal brasileiro instituto esse que foi criado como forme de proteger não só o acusado como também os seus familiares de uma pena restritiva de liberdade que ao invés de tornar o condenado reinserido na comunidade na verdade depois dos danos causados pela prisão, tanto ao condenado como também aos filhos e até mesmo em virtude da dignidade da pessoa humana quando se trata de manter preso um sujeito com mais de 80 anos de idade por exemplo.

Sendo assim a aplicabilidade do Código de Processo Penal ao caso de prisão domiciliar não só é a aceita pelo Supremo como também é a que torna mais viável a correta aplicação do instituto da prisão domiciliar se for levada em consideração a sua função pela qual foi criada.

CONCLUSÃO

Concluindo o trabalho, ficou orientado e delimitado os pontos em que a presente pesquisa visava a sinalizar.

Primeiramente pode se concluir que o presente artigo demonstrou sob a aplicabilidade obrigatória ou não da prisão domiciliar caso o condenado cumpra os requisitos legais. Para isso foram abordados pensamentos jurídicos dos doutrinadores, além da letra fria da lei sob uma interpretação e ainda a jurisprudência dos tribunais superiores a fim de pacificar definitivamente



a questão levantada. Concluindo-se portanto que não obrigatoriedade de se aplicar a prisão domiciliar mesmo que o condenado cumpra um ou mais requisitos da lei, exceto no caso de mulher com filho até 12 anos, que fora decidido pelo supremo em sede de *Habeas Corpus* coletivo (HC 143641-SP).

Posterior a isso, pode-se chegar a conclusão que foram levantadas todas as possíveis diferenças entre os dois dispositivos principais que tratam do tema de prisão domiciliar, sendo esses dispositivos o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal. Neste capítulo é possível se verificar que foi devidamente esmiuçado inciso por inciso de cada um dos dispositivos legais contidos nas duas leis em análise de modo a se verificar exatamente as diferenças e características de cada um deles. Concluindo que existem diferenças reais nos dois dispositivos mas que essas diferenças são sutis sendo basicamente o Código de Processo Penal um pouco mais completo do que a Lei de Execuções Penais.

Por ultimo encerrando o presente trabalho, foi feito um estudo quanto a possibilidade jurídica de se aplicar nos casos concretos o Código de Processo Penal que é uma lei geral no lugar da Lei de Execuções Penais, que por sua vez se trata de uma lei especial. É feita essa leitura, e sendo assim foi abordada diversas formas de se interpretar a norma e seu instituto, formas essas que esclarecem ao leitor toda a argumentação utilizada no presente artigo. Concluindo neste interim que a aplicação do Código de Processo Penal é sim feita no lugar da Lei de Execuções Penais pois aquele se trata de uma Lei mais rígida quando o assunto é prisão domiciliar, mais rígida por que ela é mais restrita e clara no tocante a quais hipóteses seria cabível a prisão domiciliar, além de ser uma Lei mais nova e sendo assim levando-se em consideração técnicas de interpretação é possível ser aplicada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de processo penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. *Lei nº 13.257*, de 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em:



21 mar. 2018.

_____. *Lei n° 12.403*, de 04 de maio de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm >. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 147490*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: www.portal.stf.jus.br>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 143641*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: www.portal.stf.jus.br>. Acesso em: 21 mar. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. *Prisão domiciliar substitutiva da preventiva: a Lei 13.257/16 e o atual artigo 318, incisos IV, V e VI, do CPP*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255591,61044-prisao+domiciliar+substitutiva+da+preventiva+lei+1325716+e+o+atual>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Sergio Malta. *Da teoria do diálogo das fontes*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048Da+teoria+do+dialogo+das+fontes>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

SOCIEDADE ANÔNIMA COMO MECANISMO DE SUPERAÇÃO E PREVENÇÃO DA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA. SIMPLIFICAÇÃO DA S.A.

Bruno Monteiro Santos

Graduado pelas Faculdades São José. Advogado.
Pós-graduado na Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho visa a analisar a constituição e o manejo das sociedades anônimas simplificadas, bem como a facilitação do seu funcionamento e, num ponto que se entende crucial, buscar-se-á analisar a ideia de que a nova forma societária possa ser flexibilizada na sua disciplina jurídica. O atual modelo deixa de atender grande parte de pequenos e médios empreendedores, empresários individuais e sociedades empresárias que estão em busca da sobrevivência enquanto outras estão em busca de ascensão no atual cenário econômico. Em tempos de crise econômica, tal mecanismo é encarado com grande otimismo, pois além da legislação em si e da segurança jurídica proporcionada pelo modelo, há nas sociedades anônimas vários instrumentos que possibilitam uma melhor estruturação dos interesses dos sócios, salientando que nas formas societárias disponíveis e, em especial, nas limitadas, não há facilidade para a entrada e saída dos empresários nos mercados, principalmente pela dificuldade de constituição da sociedade, bem como pelo manejo complexo e custoso.

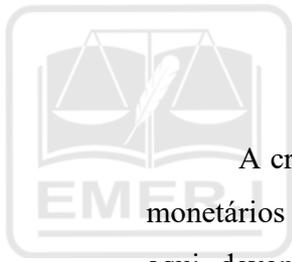
Palavras-chaves: Direito Empresarial. Sociedade Empresária. Flexibilização jurídica. Sociedade Anônima Simplificada.

Sumário: Introdução. 1. O direito societário diante de um cenário de crise econômico-financeira 2. A simplificação da sociedade anônima – principais aspectos. 3. Flexibilização da capitalização da sociedade anônima simplificada, sobre os outros mecanismos de financiamento e autonomia estatutária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica traz a proposta de análise à luz do Direito Empresarial, do Projeto de Lei nº 4.303/12, considerando que o objetivo precípua da sociedade empresária é gerar lucro suficiente para o pagamento de dividendos que satisfaçam as expectativas de seus sócios ou acionistas, apesar de o cenário de crise, tentar frustrar tais finalidades.

Cabe ressaltar que existem três espécies de crise: econômica, financeira e patrimonial. A crise econômica está relacionada com os negócios a que se dedica o empresário. Se a mercadoria que fabrica ou comercializa ou os serviços que presta ao mercado passam a ter menos aceitação, reduz-se o volume de negócio.



A crise financeira diz respeito ao fluxo de caixa. A empresa não dispõe mais dos recursos monetários suficientes ao seu funcionamento. Faltam disponibilidades para a sua administração. E, aqui, devem ser considerados tanto os recursos próprios como os obtidos junto a bancos ou no mercado de capitais. A dificuldade ou mesmo impossibilidade de acesso a empréstimos bancários ou instrumentos de captação de recursos é o sinal eloquente dessa espécie de crise.

Sabe-se que o Brasil tem muito a fazer. Dentre várias medidas que se fazem necessárias para atingir patamares de produtividade e competitividade, o Governo necessita além da atenção ao planejamento estratégico, infraestrutura e política fiscal, da proposta, muito promissora, do modelo de simplificação da Sociedade Anônima como sendo uma das medidas inevitáveis para provocar a reversão da atual situação econômica do Brasil, pois o uso da criatividade empreendedora dos brasileiros não tem tamanho.

O presente trabalho visa a discutir aspectos relevantes no desenvolvimento do Direito Empresarial, com destaque para os aspectos diacrônicos da Sociedade Anônima, desde a publicação da Lei nº 6.404/76 (lei das S.A.), até o projeto de Lei nº 4.303/12 - Sociedade Anônima Simplificada (SAS). Ademais, busca-se fazer a defesa da necessidade de aprovação do referido projeto, com algumas ressalvas e, assim, dar tratamento legal à SAS à luz dos princípios da função social e preservação da empresa.

No primeiro capítulo busca-se contextualizar o leitor sobre a crise econômico-financeira que assola o país, analisando os aspectos diacrônicos afetos ao Direito Empresarial, desde a publicação da Lei das S.A. até o desenvolvimento do Projeto de Lei em comento, passando pela análise de uma melhor estruturação dos interesses dos sócios e, nesse aspecto, importante destacar que nas formas societárias disponíveis e, em especial, nas limitadas, não há facilidade para a entrada e saída dos empresários nos mercados, principalmente pela dificuldade de constituição da sociedade, bem como pelo seu manejo complexo e custoso.

No segundo capítulo serão analisados os principais aspectos da Sociedade Anônima Simplificada, traçando um comparativo entre o modelo atual de sociedades anônima fechada e o modelo simplificado, analisando-se a questão da pluralidade dos sócios, os trâmites de constituição, a limitação da responsabilidade dos sócios na SAS, as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica e a segurança jurídica no modelo simplificado.



No terceiro capítulo será analisada a estrutura de capitais das sociedades empresárias de uma maneira ampla, tratando das principais formas de captação de recursos e da dificuldade na obtenção de financiamento, e a importância da governança corporativa nesse cenário.

Por fim, far-se-á uma conclusão do presente trabalho de modelo de regulação, por meio de atualização legislativa.

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

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

1. O DIREITO SOCIETÁRIO DIANTE DE UM CENÁRIO DE CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA

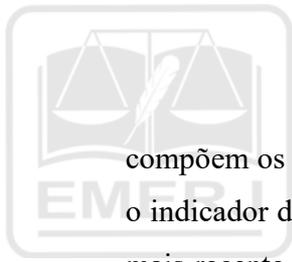
A crise patrimonial consiste na insuficiência de bens do ativo para a completa satisfação do passivo. O patrimônio do empresário não está equilibrado. O balanço patrimonial registra passivo a descoberto. Se fosse liquidada a empresa, a realização do ativo não geraria recursos suficientes ao pagamento do passivo.¹

Especialmente no momento em que as empresas estão em crise, não conseguindo cumprir as finalidades que justificaram a sua organização ou as cumpre com tal grau de dificuldade que se antevê, a médio prazo, seu comprometimento, necessário é buscar-se mecanismos que possam suprir esse déficit, o que se propõe como o Projeto de Lei nº 4.303/12 - Sociedade Anônima simplificada - SAS.²

O empreendedorismo faz do Brasil um país de destaque no mundo. A taxa de empreendedorismo inicial (referente a pessoas envolvidas na criação de um negócio ou com empresa de até três anos e meio) está em 21% e supera não somente a dos outros países que

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Os desafios do Direito Comercial*: com anotações ao Projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30.

² BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.303/2012*. Disponível em <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=4303&ano=2012&autor=&inteiroTeor=&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BPL+-+Projeto+de+Lei%5D&data=17/07/2018&page=false> Acesso em 06 ago. 2018.



compõem os BRICS – China (12,8%), Índia (10,8%), África do Sul (9,2%). É também maior que o indicador de países como Estados Unidos (11,9%) e Alemanha (4,7%). Os dados são da edição mais recente da *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM 2015), cujo livro completo foi lançado pelo Sebrae e o Instituto Brasileiro de Qualidade e Produtividade (IBPQ).³

Nesse aspecto, A SAS dará condições para que o país volte a crescer, dando um passo imediato na prevenção e superação da aguda crise econômica vivida no Brasil, é fundamental a ousadia e imaginação para buscar investimentos.

Em 2015, a taxa de empreendedorismo no país foi de 39,3%, o maior índice dos últimos 14 anos, e quase o dobro do registrado em 2002, quando era de 20,9%. Quatro em cada dez brasileiros entre 18 e 64 anos possuem um negócio ou realizaram alguma ação no último ano visando criar um negócio.⁴ Já em 2016, as mudanças não foram significativas, permanecendo estáveis, com pequena ascendência em relação aos empreendedores “por necessidade”, que são aqueles que buscaram abrir empresas devido à falta de trabalho.

O período que abrange o final de 2017 e os meses iniciais de 2018 notabilizou-se pela continuidade da recuperação do nível de atividade econômica, com destaque para o aumento da produção industrial e do consumo, bem como pela redução do desemprego. Apesar de alguma perda de ritmo nesse processo, com redução das taxas de crescimento na margem, o mercado sinaliza para um cenário positivo até o final do ano.

Esse cenário de crise estimula a abertura de empresas, em face da redução da oferta de trabalho, o que força uma busca de alternativa para obter renda no curto prazo. A proporção dos empreendedores iniciais, nesse contexto, são os maiores criadores de emprego formal no país. São responsáveis por um terço da riqueza nacional e representam mais de 95% de todos os CNPJ registrados.

Entre as conquistas recentes para o segmento empresarial está a Lei Complementar N° 155/16 (Lei Crescer sem Medo), que atualiza o Simples Nacional e foi sancionada pelo presidente Michel Temer em outubro/2017. Os principais pontos são a ampliação do prazo de parcelamento de dívidas tributárias de micro e pequenas empresas de 60 para 120 meses; a elevação, a partir de 2018, do teto anual de faturamento do microempreendedor individual (MEI) de R\$ 60 mil para R\$

³ DOMINGOS, Guilherme Afif. *O crescimento do empreendedorismo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/ocrescimento-do-empreendedorismo-brasileiro-e5dlb5g732s7d90i852ntt933>>. Acesso em: 16 out. 2017.

⁴ SEBRAE. *Empreendedorismo no Brasil - 2016*. Disponível em: < <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/GEM%20Nacional%20-%20web.pdf>> Acesso em: 06 ago.2018.



81 mil; e a criação de uma faixa de transição de até R\$ 4,8 milhões de faturamento anual para as empresas que ultrapassarem o teto de R\$ 3,6 milhões.

Outras medidas muito importantes foram a criação da Rede Simples - um sistema on-line que agiliza a abertura e a baixa de empresas -, e o lançamento de novas linhas de crédito, com recursos inéditos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), no valor de R\$ 5 bilhões, para reforçar o capital de giro dos pequenos negócios.⁵

Agregando-se a essas medidas, pode-se encarar a Sociedade Anônima Simplificada (SAS) como um dos principais mecanismos de prevenção e superação da crise econômica, revertendo-se os quadros estatísticos, aprovando a referida legislação.

2. A SIMPLIFICAÇÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA – PRINCIPAIS ASPECTOS

O projeto de lei nº 4.303/12 pretende revogar e acrescentar artigos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para criar o “Regime Especial da Sociedade Anônima Simplificada” (“RE-SAS”). Determina, também, a sujeição da Sociedade Anônima Simplificada ao tratamento tributário diferenciado, simplificado e favorecido aplicável, nas hipóteses daquela lei, às microempresas e às empresas de pequeno porte, na forma também da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.⁶

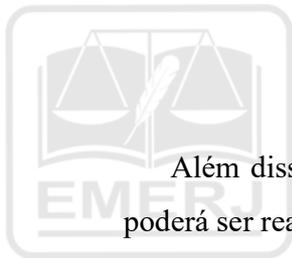
Ao longo do presente trabalho, procurou-se elucidar a importância da revitalização do direito empresarial, ainda que de maneira singela, atrelada ao projeto, de forma a se adequar ao atual cenário econômico em que se situa o Brasil.

O momento é oportuno e, considerando que já faz 06 (seis) anos que o projeto tramita, chegou a hora de colocar em prática as ações que estimularão os consumidores desejosos de produtos e serviços inovadores, de melhor qualidade e mais baratos.

Com a criação da Sociedade Anônima Simplificada (SAS), as companhias poderão ser constituídas por um único acionista, pessoa física ou jurídica, além de poder divulgar e manter seus atos constitutivos, atas de assembleia e demonstrações financeiras em sítio próprio na Internet, dispensando-se a publicação em órgão oficial e jornal de grande circulação.

⁵ Ibid.

⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.303/2012*. Disponível em <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=4303&ano=2012&autor=&inteiroTeor=&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BPL+-+Projeto+de+Lei%5D&data=17/07/2018&page=false> Acesso em 06 ago. 2018.



Além disso, há previsão de facilitação na forma de convocação das assembleias gerais, que poderá ser realizada por anúncio entregue a todos os acionistas.

Ainda, a proposta contempla a possibilidade de a própria companhia ou qualquer de seus acionistas requererem a exclusão judicial de acionista que descumprir suas obrigações sociais, autorizando o estatuto a estabelecer a possibilidade de exclusão extrajudicial do acionista faltoso, observados os mesmos critérios estabelecidos para o exercício do direito de retirada para fins de reembolso da participação acionária.

Dessa forma, o referido projeto é muito positivo e pertinente para todos os que desenvolvem atividade empresarial, uma vez que permite a redução das exigências atualmente existentes para a constituição e manutenção de uma sociedade anônima, acarretando significativa redução de custos, o que se mostra alta pertinência em tempos de crise. O que se pretende analisar é a sociedade geradora de riquezas, como mecanismo de fomento nacional e superação da crise econômico financeira, tal como sua finalidade precípua.

Ao longo do século XX, aumentou a demanda por um sistema efetivo de regulação global, que garanta mecanismos jurídicos que priorizem a confiança e a segurança aos negócios, especialmente os internacionais.⁷ Nesse passo, o RE-SAS tem por finalidade, disponibilizar à pequena e média empresa, organização jurídica por meio de forma societária de disciplina consolidada, um manejo simples e barato, sem prejuízo da certeza e segurança jurídicas. Pretende, por isso, promover esses valores e funções, sob a matriz disciplinar das sociedades anônimas brasileiras, no âmbito da Lei nº 6.404/76.⁸

As principais características das sociedades anônimas, no contexto no ordenamento jurídico brasileiro, estão previstas ainda no artigo 1º na própria Lei das S.A., conforme dispõe a literalidade do mencionado dispositivo: Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Atendendo aos ditames do princípio da liberdade de competição, a organização da economia, em um sistema capitalista de produção, deve ser pautada na livre concorrência. Trata-se de um

⁷ RIBEIRO, Marilda Rosário de Sá. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.5.

⁸ BRASIL. *Lei Nº 6.404/76*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm> Acesso em 16 nov. 2018.



mecanismo de organização econômica que, nos tempos atuais, é visto a partir dos benefícios que traz à coletividade.

No momento em que o Brasil passa por dificuldades econômicas, os brasileiros despertam para o empreendedorismo e para as suas oportunidades. Ademais, é sabido que as técnicas de distribuição de renda e de mitigação de desequilíbrios econômicos e sociais falham, e nesse aspecto, o legislador deve prover ao pequeno e médio empreendedor vias de entrada nos mercados, em um contexto macroeconômico.

A lei proposta é também necessária, porque as formas de organização jurídica da pequena e média empresa, atualmente disponíveis, são incapazes de alcançar os fins a que foram projetadas. Não se trata de aboli-las, ao contrário, mas apenas de constituir mais um “caminho” à organização das pequenas e médias empresas e de fomentar a liberdade de escolha.

Nessa toada, as Sociedades Anônimas Fechadas são estruturadas para serem sociedades de capital, o que significa que a maior importância é a quantia monetária que cada acionista investe na empresa. Sendo assim, uma de suas características é o distanciamento entre acionista e a administração da sociedade. Dessa forma, foram criados mecanismos, que buscam aproximar os interesses dos acionistas com o dia-dia da sociedade.

Essas sociedades são reguladas pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº. 6.404/76). Sua estrutura complexa constitui-se por quatro órgãos principais: (i) Assembleia Geral; (ii) Conselho de Administração; (iii) Diretoria; e (iv) Conselho de Administração.⁹

Suas regras são estabelecidas num Estatuto Social, que conterà as informações básicas da empresa, tais como denominação da sociedade, o endereço da sede e filiais (se houverem), seu objeto social e capital social. Importante destacar que por ser uma sociedade de capital, seus acionistas são registrados em livro próprio, denominado “Livro de registro de ações”. Isso permite que a entrada e saídas de acionistas sejam feitas a qualquer momento, independentemente da concordância dos demais acionistas, salvo se houver um Acordo de Acionistas que possua travas na venda das ações.

Seu capital social é dividido em ações ordinárias e preferenciais. As ações ordinárias possuem direito de voto, enquanto as preferenciais não. A proporção máxima de ações ordinárias para ações preferenciais é de 50% (cinquenta por cento).

⁹ BRASIL. *Lei N° 6.404/76*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm> Acesso em 16 nov. 2018.



Um dos pontos que diferenciam a Sociedade Anônima fechada da Sociedade Anônima Simplificada são os requisitos que compõem as providências preliminares para a constituir uma companhia, que no caso das fechadas, estão estabelecidos no artigo 80 da Lei das S.A.. O inciso II não se aplica às companhias para as quais a lei exige realização inicial de parte maior do capital social. Importante destacar as facilidades que o projeto proporciona aqueles que optarem pelo regime especial de S.A.S., especialmente em relação à convocação de assembleias e à forma de armazenamento dos documentos da sociedade. De acordo com a proposta, admite-se que os acionistas sejam convocados por meio de anúncio entregue pessoalmente, dispensado o procedimento burocrático do artigo 124 da Lei das S.A..¹⁰

De acordo com o projeto, os documentos listados no artigo 133 da Lei n. 6.404/76¹¹ poderão ser disponibilizados aos acionistas em sítio virtual próprio. A informatização do procedimento representa um grande avanço, que facilita a comunicação e o acesso dos acionistas, que são documentos de apreciação indispensável.

Ademais, possibilitará o armazenamento na rede mundial de computadores, conforme previsto na proposta do artigo 294-C, II, pois encurtar-se-á a distância e poupar-se-á tempo. As divulgações eventualmente realizadas, pela proposta, estão dispensadas da publicação de que trata o atual artigo 289, da Lei de S.A.

A informatização dos procedimentos constitui, obviamente, um elemento central do Projeto de Lei nº 4.303/12. É nesse sentido a proposta de participação e exercício do voto em assembleia virtual, conforme dispõe o artigo 294-D sugerido. Afasta-se, dessa forma, dificuldades ocasionadas pela distância, estimulando a intervenção dos sócios nas deliberações relativas ao funcionamento da sociedade.¹²

O projeto em análise inova, ainda, ao simplificar órgãos sociais, possibilitando que a diretoria seja composta por apenas um membro, ao contrário do que dispõe o atual art. 143 da Lei Nº 6.404/76¹³, que exige que a composição do órgão se dê por pelo menos dois membros. Ademais,

¹⁰ BRASIL. *Lei Nº 6.404/76*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm> Acesso em 17 nov. 2018.

¹¹ Ibid.

¹² BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.303/2012*. Disponível em <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=4303&ano=2012&autor=&inteiroTeor=&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BPPL+-+Projeto+de+Lei%5D&data=17/07/2018&page=false>> Acesso em 06 ago. 2018.

¹³ BRASIL. *Lei Nº 6.404/76*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm> Acesso em 16 nov. 2018.



o prazo de gestão do mesmo dispositivo, que atualmente não pode superar três anos, poderia ser estipulado de forma indeterminada.

Inclusive, em caso de aprovação do projeto de lei, há previsão de regramento específico para o direito de retirada e exclusão de acionistas. O estatuto passaria a contar com maior flexibilidade determinando, a aplicação ou não de alguns dispositivos legais. De uma forma geral, a sociedade possuiria mais discricionariedade e liberdade quanto ao seu processamento interno de gestão, a exemplo do procedimento para a exclusão extrajudicial de acionistas.

3. FLEXIBILIZAÇÃO DA CAPITALIZAÇÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA SIMPLIFICADA, SOBRE OS OUTROS MECANISMOS DE FINANCIAMENTO E AUTONOMIA ESTATUTÁRIA

Considerando a importância do estudo das relações entre o desenvolvimento do sistema financeiro, a estrutura de capital das empresas e o crescimento econômico do país, neste capítulo, buscou-se analisar as formas de financiamento das empresas do Brasil.

O Brasil, diferentemente dos outros países latino-americanos, tem se mantido como o principal receptor de investimentos estrangeiros diretos sem basear a sua atratividade na oferta de um regime favorável para os investidores, estabelecido mediante tratados de proteção de investimentos. No plano do direito internacional, dentre as fontes doutrinárias e normativas, cabe destacar os princípios que regem a “Novíssima Ordem Internacional”, a qual chega a formar, na época contemporânea, um novo direito transnacional ou cosmopolita, que consagra valores de boa-fé, respeito aos direitos individuais e novos balizamentos para o exercício do poder estatal.

A regulamentação do investimento é matéria extremamente sensível, dado o seu impacto multidimensional em setores que influenciam diretamente o modelo político, econômico e social do Estado receptor.¹⁴ Especificamente, o núcleo constitucional da regulamentação do investimento estrangeiro se encontra no art. 172 da CRFB¹⁵, que reserva à lei a disciplina, com base no interesse nacional, dos investimentos de capital estrangeiro, bem como determina o incentivo ao reinvestimento e a regulação das remessas de lucros.

¹⁴ Ibid. p.395.

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 16 nov. 2018.



Considerando o crescente aumento da globalização da economia, com o surgimento e crescimento das *startups*, a revisão da atual legislação das sociedades anônimas permitirá a consagração de um Brasil mais cosmopolita e internacionalizado, o que no entanto, demandará regulamentação específica que lhe confira instrumentos aptos a direcionar os benefícios advindos da abertura do capital, com a conseqüente abertura comercial aptos a alcançar os objetivos propostos no art. 3º da CRFB¹⁶, especialmente, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a elaboração de políticas públicas adaptadas a realidade econômico-financeira nacional.

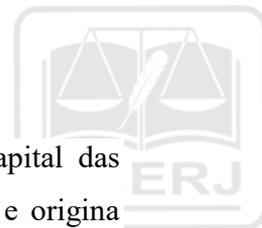
Nesse cenário, a discussão sobre a relação entre o desenvolvimento do sistema financeiro, a estrutura de capital das empresas e o crescimento econômico assume grande relevo para o caso brasileiro em face das transformações ocorridas no âmbito macroeconômico desde o início da década de 90, envolvendo a abertura comercial, a liberalização cambial e a estabilização da moeda.

A natureza eminentemente econômica dos investimentos exige - para sua compreensão na perspectiva jurídica - que sejam levados em consideração alguns conceitos próprios da Economia. Nesse aspecto, portanto, indispensável ampliar o espectro econômico dos investimentos, considerando-se a importância do investidor-empresário nesse cenário de crescente busca de superação de crises e de socialização dos lucros, especialmente, na regulamentação da sociedade anônima simplificada.

Decidiu-se, portanto, fazer uma breve análise sobre as principais formas de financiamento das empresas instaladas no Brasil. As conclusões a que se chega, demonstram uma participação elevada do autofinanciamento como fonte de recursos para as empresas brasileiras e uma participação elevada no recurso baseado em emissões de ações como fonte de financiamento.

No primeiro caso, o porte reduzido da maior parte das empresas brasileiras, ou seja, o fato de que elas se utilizem em grande medida de capital próprio para financiar seus investimentos constituiria parte da explicação para o seu porte reduzido. Em relação às emissões, não se esperaria encontrar uma participação muito expressiva desta modalidade, dado o caráter incipiente dos mercados brasileiros. E, pelo que se conhece do processo de crescimento brasileiro, verifica-se que o recurso a endividamento junto ao setor bancário fosse uma alternativa utilizada pelas empresas em maior grau do que os dados indicam.

¹⁶ Ibid.



O modelo de sistema financeiro presente na SAS favorece a estrutura de capital das empresas, condiciona processos distintos de ajustamento e reestruturação dos países e origina resultados econômicos diferenciados. Ao invés de investirem em companhias específicas, os bancos/instituições financeiras administram portfólios, procurando maximizar seu retorno e diversificar o risco.

Nesse caso, a atuação do governo, embora limitada é indispensável. O Estado regulamenta, mas os custos e benefícios são determinados, fundamentalmente, pelo mercado. O sistema financeiro é o veículo que aloca os recursos entre usos alternativos, com bastante autonomia em relação ao governo. Quando é necessário intervir, em geral o governo encontra muita dificuldade, todavia, tal fato não pode ser empecilho para se vislumbrar com otimismo o presente modelo.

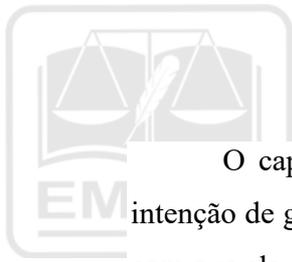
As empresas em geral buscam empréstimos bancários de longo prazo quando o seu crescimento transcende o capital que elas podem obter dos lucros retidos mais emissões, motivo pelo qual os sistemas baseados em crédito tendem a ser relacionados com experiências de crescimento tardio e acelerado e, com muita frequência, com apoio do Estado.

O crescimento do mercado brasileiro de ações ocorreu junto com o crescimento do nível global de poupança, bem como representa a substituição de uma forma de poupança por outra mais rentável. É importante notar que os países menos desenvolvidos estariam se utilizando em proporção maior do que os mais desenvolvidos de emissão de ações como uma maneira de financiar seus investimentos desde a década de 80.

Nesse aspecto, quando se fala de recursos próprios, constata-se que são aqueles que não têm custo e oferecem liberdade e autonomia de decisão, mas que, todavia, são limitados. Dois métodos necessários para captá-los é criar uma reserva ao longo do tempo e continuar a trabalhar em outro negócio alternativo durante o desenvolvimento do empreendimento.

Quanto aos recursos decorrentes de fomento, o governo busca atuar na economia fomentando a atividade econômica. Tais recursos são importantes fontes de custeio que costumam ser mais baratas que aquela vinda de bancos privados. O Banco de Desenvolvimento mais tradicional do Brasil é o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Social).¹⁷

¹⁷ BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Estrutura de capital das empresas do Brasil. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndespt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1003.pdf>> Acesso em 10 mar.2018.



O capital de risco diz respeito a investidores que aplicam recursos na empresa com a intenção de ganhar uma participação societária. A expectativa é de que a injeção de recursos faça com que ela cresça mais rapidamente e possa gerar altos retornos no futuro.

As aceleradoras são uma das espécies em que fundos de empresas investem no desenvolvimento inicial das *startups*. Elas auxiliam nos momentos iniciais e as preparam para novas rodadas de investimento. Os recursos oferecidos variam de R\$ 50.000,00 a R\$ 350.000,00 e normalmente a empresa é apoiada no período entre 6 a 12 meses.

Outra modalidade é o investidor anjo, que é o indivíduo ou grupo de indivíduos que ajudam em uma fase inicial do negócio. Normalmente são pessoas do mercado como executivos e ex-executivos e que gostam de participar desse tipo de operação. Os recursos deles decorrentes são chamados de *Smart Money*, pois além do financeiro, ajudam o empreendedor com seu conhecimento e influência. O valor médio de investimento dessa modalidade varia entre R\$ 10.000,00 a R\$ 1.500.000,00.¹⁸

De todas as formas de financiamento da atividade empresária apresentadas, é possível constatar que algumas possuem mais desvantagens do que vantagens, o que torna o mercado de investidores arriscado, especialmente para os pequenos e médios empreendedores. Nesse aspecto, o projeto de Lei nº 4.303/12, mostra-se mais vantajoso, quanto à captação de recursos da economia popular, especialmente por proporcionar maior segurança jurídica aos investidores acionistas bem como à toda a sociedade.

Outra inovação presente no projeto, já adotada em outros ordenamentos e que merece destaque é a unipessoalidade. O texto em trâmite determina que a S.A.S. poderá ser constituída tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica, sendo possível que um único acionista figure como titular da sociedade. Por outro lado, suprime-se a limitação ao número máximo de vinte acionistas prevista no artigo 294 da Lei de S.A., conforme dispõem os artigos 294-A e 294-B do projeto.¹⁹

¹⁸ SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Entenda o que é Smart Money. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-o-que-e-smart-money>
905813074c0a3410VgnVCM1000003b74010aRCRD> Acesso em 10 mar.2018.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 6.404/76*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm> Acesso em 16 nov. 2018.



A unipessoalidade, como se verifica no inciso I, não é permitida nas companhias. A exceção fica a cargo das subsidiárias integrais (caso em que há uma sociedade como única sócia da S.A.) e situações excepcionais, quando a unipessoalidade for temporária, não ultrapassando a assembleia-geral seguinte à que ficou verificada a existência de um único sócio, conforme preceitua o art. 206, I, “d”, da Lei nº 6.404/76).

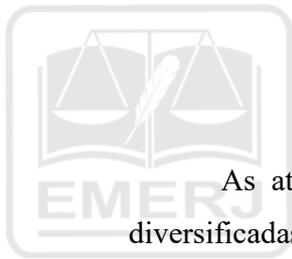
O exercício de empresa por meio de um único empresário com responsabilidade limitada é uma realidade em diversos países, ingressando formalmente no Brasil com a edição da Lei nº 12.441/11, a qual estabelece o regime das Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada – EIRELI, instituto esse que já vinha sendo estudado pela doutrina nacional desde o século XX.

A inovação que pretende ser implementada com o projeto de lei ora analisado atende ao anseio dos empresários, que muitas vezes não têm o desejo de estarem associados a outras pessoas para o exercício da sua atividade, todavia precisam captar recursos de forma rápida e abrangente. Permitir que isso seja possível é uma forma de fomentar o mercado, permitindo o acesso de novos empreendedores, com maior celeridade e liberdade de escolha.

Assim, os requisitos para a constituição da sociedade anônima fechada estão previstos no artigo 88 da Lei das S.A.. Existem ainda, algumas providências complementares, que devem ser observadas quanto ao previsto no Capítulo VIII da Lei nº 6.404/76. O arquivamento será precedido a depender da forma de constituição adotada, qual seja, por meio de assembleia ou por escritura pública, que estão disciplinadas nos artigos 95 e 96. Ademais, deve ainda ser feita publicação dos atos constitutivos, bem como, se for o caso, a transferência dos bens que foram subscritos para a composição do capital social.

Constata-se que as exigências legais para a constituição e funcionamento de uma S.A. Fechada são muito dispendiosas para aqueles que não exerçam uma empresa de grande porte. A inovação legislativa permite a integração de parte dos empresários de menor porte ao mercado sob o regramento de S.A., fomentando-se a economia nacional. Entretanto, este modelo é ainda pouco acessível para grande parte do empresariado, preservando a maioria das exigências para a criação de uma sociedade por ações, como por exemplo na constituição de companhia unipessoal.

Percebe-se, desse modo, a necessidade de incorporação da sociedade anônima simplificada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, a economia de um país e, principalmente no Brasil, não é sustentada apenas por grandes empreendimentos, que atingem uma parcela pequena da sociedade, em comparação a empreendedores de menor porte.



As atividades promovidas por micro e pequenos empreendedores são mais amplas e diversificadas, atendendo a um volume muito maior de consumidores. Limitar os benefícios oferecidos pelas companhias aos grandes empresários implica na imposição de um prejuízo para a maior parte da população brasileira.

Nesse aspecto, o projeto em comento estabelece como patamar máximo o valor de R\$ 48.000.000,00 (quarenta e oito milhões de reais) para o patrimônio líquido do empresário, devendo a opção pelo regime especial ser submetida à aprovação de acionistas que representem mais da metade das ações com direito a voto. Caso essa quantia estipulada como teto seja superada, a sociedade empresária será automaticamente excluída do regime especial no exercício fiscal seguinte conforme artigo 294, §2º, do projeto de lei.²⁰

O RE-SAS pretende promover, sob a matriz disciplinar das sociedades anônimas brasileiras, no âmbito da Lei nº 6.404/76, as seguintes funções: (i) minimizar os custos da sua constituição e o manejo das sociedades anônimas simplificadas; (ii) facilitar o seu funcionamento; e (iii) flexibilizar a sua disciplina jurídica.²¹

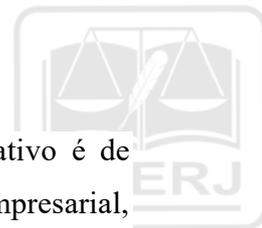
Esse modelo permite que a mesma forma societária organize uma atividade empresarial em suas várias dimensões, por meio da ampliação do espectro da Lei nº 6.404/76, que passa a disciplinar, a um só tempo, a sociedade anônima sob o regime especial de sociedade anônima simplificada, bem como a companhia fechada e a companhia aberta.

A CRFB/88 procurou configurar em seu texto capítulo dedicado à ordem econômica e financeira, buscando dar tratamento diferenciado para pequenas e microempresas (Art. 170, IX). Considerando a representação de 80% da economia brasileira, as atividades de pequeno porte encontram sérias dificuldades de financiamento, fluxo de caixa e liquidez, em que pese o trabalho que vem sendo realizado pelo BNDES.

Cabe ressaltar que as micro e pequenas empresas ressoam imprescindíveis no cenário econômico, pois aparecem na lista das contratações de mão-de-obra, com presença constante em licitação, fortalecendo o crescimento das regiões sazonais ou não, representando parcela

²⁰ BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.303/2012*. Disponível em <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=4303&ano=2012&autor=&inteiroTeor=&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BP L +-+Projeto+de+Lei%5D&data=17/07/2018&page=false> Acesso em 06 ago. 2018.

²¹ BRASIL. *Lei nº 6.404/76*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm Acesso em 19 nov. 2018.



significativa do produto interno bruto.²² Necessário salientar que o ideário legislativo é de facilitar a constituição, o desenvolvimento e o próprio encerramento da atividade empresarial, sem maiores dificuldades e com a menor burocracia possível. O anseio de garantir maior segurança jurídica às sociedades anônimas, contudo, acaba por gerar um engessamento legislativo, impossibilitando que pequenos e médios empreendedores atuem no mercado sob o regime da Lei nº 6.404/76, ficando, dessa forma, privados de diversos benefícios garantidos às sociedades por ações, que possuem claras vantagens no que tange a captação de recursos.

Em um país de grandes disparidades sociais e econômicas como no Brasil, o legislador esmerou-se no tratamento da grande empresa, esquecendo-se da pequena e da média. O advento da Lei nº 12.441/2011²³, que alterou a Lei nº 10.406/2002²⁴, permitiu a constituição de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI). Apesar das discussões sobre sua natureza e sobre o seu regramento, deu alento ao empresário individual desejoso de limitar sua responsabilidade. A EIRELI não proveu, todavia, soluções aceitáveis à pequena e média empresa coletiva (com múltiplos membros), que também não dispensa manejo simples, desburocratizado e barato.

A Lei nº 6.404/1976 visa a, basicamente, elaborar uma estrutura jurídica mínima indispensável ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no Brasil, bem como garantir a segurança necessária para aqueles que pretendem mobilizar a poupança popular - de risco quase zero - direcionando essas economias voluntariamente para o segmento empresarial, garantindo assim, proteção aos acionistas minoritários e segurança suficiente ao investimento.²⁵

Desse modo, pela dinamicidade do mercado e pela constante transformação da sociedade e do próprio Direito, entende-se necessária a atualização legislativa, com o intuito de viabilizar o espectro do modelo simplificado, de forma a abranger também o pequeno e médio empreendedor. A possibilidade de constituição de uma sociedade anônima simplificada (S.A.S.) é uma demanda social, cuja implementação é capaz de fomentar a economia e a atividade empreendedora.

²² FRAN MARTINS. *Curso de Direito Comercial*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 125.

²³ BRASIL. *Lei nº 12.441/11*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm > Acesso em 16 nov. 2018.

²⁴ BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 16 nov. 2018.

²⁵ BRASIL. *Lei Nº 6.404/76*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm> Acesso em 16 nov. 2018.



O que se propõe, como o presente trabalho é apoiar o projeto de Lei nº 4.303/2012, por mostrar-se mais vantajoso, quanto à captação de recursos da economia popular, especialmente por proporcionar maior segurança jurídica aos investidores acionistas bem como à toda a sociedade.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que o atual modelo de Sociedade Anônima e o modelo Simplificado são mecanismos capazes de alçar o Brasil a um patamar de destaque no cenário mundial, sob o aspecto da legislação empresarial. Além da legislação em si e da segurança jurídica proporcionada pelo modelo, há nas sociedades anônimas vários institutos que possibilitam uma melhor estruturação dos interesses dos sócios.

Nesse aspecto, a sociedade anônima se caracteriza, como um instrumento de centralização do capital, ao se verificar que ela tem reflexo sobre o modo de como se dá o financiamento da produção em um sistema capitalista. Essa proposição de modelo se mostrou apto a superar e prevenir a crise econômico-financeira pela qual se atravessa apesar da dificuldade, porém, com grande otimismo.

Protocolado em 09 de agosto de 2012, o referido projeto, tramita, atualmente, na Comissão de Finanças e Tributação (CFT) da Câmara dos Deputados, onde aguarda parecer.

REFERÊNCIAS

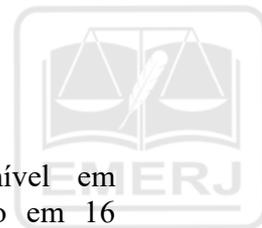
BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. *Estrutura de capital das empresas do Brasil*. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1003.pdf> Acesso em 10 mar. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.303/2012*. Disponível em: < <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=4303&ano=2012&autor=&inteiroTeor=&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BPL+- Projeto+de+Lei%5D&data=17/07/2018&page=false>> Acesso em 06 ago. 2018.

_____. *Lei nº 6.404/76*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm> Acesso em 16 nov. 2018.

_____. *Lei Complementar nº 155/16*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp155.htm> Acesso em 16 nov. 2018.

_____. *Lei Complementar nº123/06*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm> Acesso em 16 nov. 2018.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 16 nov. 2018.

_____. *Lei nº 12.441/11*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm> Acesso em 16 nov. 2018.

_____. *Código Civil de 2002*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 16 nov. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Os desafios do Direito Comercial: com anotações ao Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOMINGOS, Guilherme Afif. *O crescimento do empreendedorismo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/ocrescimento-do-empreendedorismo-rasileiro-e5dlb5g732s7d90i852ntt933>> Acesso em: 16 out. 2017.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIBEIRO, Marilda Rosário de Sá. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

SEBRAE. *Empreendedorismo no Brasil - 2016*. Disponível em: < <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/GEM%20Nacional%20-%20web.pdf>> Acesso em: 06 ago. 2018.



OS REFLEXOS DAS TRANSFORMAÇÕES DAS ENTIDADES FAMILIARES: O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E O PROVIMENTO Nº 63, DE 2017, DO CNJ

Camila Ferreira Figueiredo

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

Resumo – como um dos reflexos das transformações das entidades familiares, reconheceu-se pela via jurisprudencial a parentalidade socioafetiva, e como consequência foi publicado o Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça. Esse provimento foi celebrado pela doutrina dedicada ao tema, contudo, por meio de um trabalho minucioso, foram levantadas algumas inconsistências do provimento em relação ao ordenamento jurídico como um todo harmônico. Nesse ínterim, a essência do trabalho é abordar de forma problematizada as referidas inconsistências, de modo a readequá-las consoante evolução legislativa e jurisprudencial a respeito da temática desenvolvida.

Palavras-chave – Direito de Família. Parentalidade socioafetiva. Provimento nº 63, de 2017, do CNJ.

Sumário – Introdução. 1. Os riscos trazidos pelo reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva para a segurança jurídica em um ordenamento jurídico estável e a análise das questões de ordem pública atreladas ao reconhecimento extrajudicial. 2. A exigência de observância das regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência e a ofensa à dignidade da pessoa humana. 3. A possível violação à condição de pessoa em desenvolvimento e aos direitos da personalidade das crianças pelo artigo 11, § 4º, do Provimento nº 63, de 2017 em decorrência da ausência de previsão a respeito do seu consentimento para o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as questões atinentes ao reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva. O objetivo do presente estudo é apresentar os debates trazidos com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva pela via extrajudicial. O tema é relevante tendo em vista as transformações que ocorreram no seio das famílias ao longo dos anos.

Para tanto, abordam-se questões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, de modo a debater os benefícios e os prejuízos trazidos por meio do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva.

A Constituição da República de 1988, fixou a igualdade entre o homem e a mulher, além da igualdade dos filhos, desse modo, pôs fim a qualquer discriminação outrora existente entre



filhos legítimos e filhos ilegítimos, bastardos, adulterinos ou incestuosos. Nesse contexto, foi reconhecido o pluralismo de entidades familiares, insculpido no artigo 226, da Constituição da República de 1988.

Nessa seara, a jurisprudência evoluiu e, nos dias atuais, não há hierarquia entre a filiação afetiva e a biológica, devem ser reconhecidos ambos os vínculos, em alusão ao princípio do melhor interesse do descendente.

O reconhecimento da parentalidade socioafetiva pela via extrajudicial foi, recentemente, admitido por meio do Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça. Contudo, há ressalvas a serem feitas no tocante ao provimento, que por vezes coloca em risco o princípio da segurança jurídica.

O tema é controvertido e merece atenção tendo em vista que constata-se, com base na análise fática, uma violação à dignidade da pessoa humana e a não inclusão das crianças como sujeitos de direitos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os riscos trazidos para a segurança jurídica em um ordenamento jurídico estável. Desse modo, são analisadas questões de ordem pública (deveres patrimoniais e alimentares) atreladas ao reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a respeito da exigência da observância das regras de decisão apoiada, quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência, pois ao restringir a inclusão da pessoa com deficiência está violando a dignidade da pessoa humana. Não haveria, nesse íterim, uma inconstitucionalidade?

O terceiro capítulo da pesquisa defende sobre a necessidade de serem ouvidas as crianças para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, sob pena de violar a condição de pessoa em desenvolvimento e os direitos da personalidade.

A pesquisa, quanto à abordagem, será qualitativa, uma vez que almeja entender e interpretar os fenômenos jurídicos que influenciam institutos relevantes do Direito. Assim, é utilizada para resolver questões controvertidas.

No tocante aos objetivos, a pesquisa será explicativa, pois procura encontrar respostas para as questões formuladas no início da pesquisa. Desse modo, pressupõe uma pesquisa descritiva como base para suas explicações.

Nesse sentido, utiliza-se o procedimento de pesquisa bibliográfica pertinente ao tema em análise; ademais, especificamente, como fontes emprega-se doutrina, jurisprudência e legislação. Essas visam à análise e explicação do objeto da pesquisa.



1. OS RISCOS TRAZIDOS PELO RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA PARA A SEGURANÇA JURÍDICA EM UM ORDENAMENTO JURÍDICO ESTÁVEL E A ANÁLISE DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA ATRELADAS AO RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL

Inicialmente, caberá analisar a partir do Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹ o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva por meio dos oficiais de registro civil das pessoas naturais, independentemente da idade da pessoa a ser reconhecida. E, as questões de ordem pública que emergem com esse vínculo afetivo, reconhecido voluntariamente; todavia irretratável. Para tanto, ao longo deste capítulo ponderar-se-á as questões de ordem pública envolvidas na aplicabilidade do referido provimento e as consequências à segurança jurídica em um ordenamento jurídico estável.

Isto posto, o art. 10, caput, do Provimento nº 63, de 2017, do CNJ² aduz expressamente que o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. Todavia, o referido provimento não prevê a necessidade de assistência jurídica, de modo a possibilitar a sua dispensabilidade.

Apesar de tratar-se de um avanço inegável no sentido da extrajudicialização do Direito de Família e da valorização das novas entidades familiares, há riscos inerentes para a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais. Isso devido à necessidade de a sociedade ter conhecimento das implicações jurídicas acerca desse reconhecimento, bem como dos direitos e deveres inerentes a ele.

Desse modo, faz-se mister indagar se não estaria em risco a segurança jurídica, tendo em vista que, por meio do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, surgem diversos efeitos de ordem pública. Dentre os quais serão objeto de estudo, no presente capítulo, o direito aos alimentos, a irretratabilidade do vínculo e os direitos sucessórios.

Nesse diapasão, no tocante aos alimentos, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³, há uma responsabilidade civil na filiação, logo, a relação paterno-filial exige dos pais um compromisso reiterado de assistência material e moral. Assim, o legislador estabeleceu no artigo 229, da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB/88) o dever dos pais

¹ BRASIL. *Provimento nº 63 de 2017*, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 15 abr. 2018.

² *Ibidem*.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9. ed. rev. e atual. V. 6. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 575.



de assistir, criar e educar os filhos menores. Ainda, especificamente, o artigo 227, da CRFB/88 prevê o dever da família de prestar alimentos.

Nesse sentido, em consonância com a Constituição da República, o enunciado 341, do Conselho da Justiça Federal estabelece que a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar. Segundo Christiano Cassettari⁴, o disposto no enunciado decorre do direito de igualdade entre filhos previsto no artigo 227, § 6º, da CRFB/88. Ademais, essa tese é confirmada pelo disposto no artigo 1.596, do Código Civil, segundo o qual são proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Por conseguinte, existem normas de ordem pública aptas a não permitir a discriminação entre filhos, independentemente do vínculo parental e do dever de prestar alimentos pelo pai/mãe socioafetivo.

Com o fim de corroborar o exposto acima, consoante o entendimento de Rolf Madaleno⁵, há uma tendência de reconhecimento concorrente da obrigação alimentar do pai registral, do biológico e do pai afetivo. Nesse ínterim, defende-se a possibilidade de reivindicação de alimentos do genitor biológico, em virtude da impossibilidade econômico-financeira do pai socioafetivo, que tem amor, mas não possui condições de custear as despesas do infante.

Desse modo, a previsão da necessidade de assistência jurídica seria imprescindível para que fossem esclarecidos todos os direitos e deveres decorrentes desse vínculo de filiação, de forma que o reconhecimento imprudente não acarrete no âmbito fático e jurídico maiores inseguranças.

Tendo em vista que, de acordo com Maria Berenice Dias⁶, uma vez reconhecida a paternidade ou maternidade socioafetiva são produzidos todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são inerentes. Assim, não se admite um parentesco restrito ou de "segunda classe", o vínculo de filiação socioafetiva gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito.

Dessa forma, uma vez que a filiação socioafetiva gera o parentesco socioafetivo nos limites da lei civil, prevê o enunciado 339, do Conselho da Justiça Federal que a parentalidade socioafetiva é irretroatável. Assim, segundo o enunciado, a paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho. Isso porque, consoante previsto no artigo 1.610, do Código Civil, o reconhecimento dos filhos não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

⁴ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119.

⁵ MADALENO apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 558.

⁶ DIAS, op. cit., p. 383.



Destarte, ao ser estabelecido o vínculo extrajudicialmente, perante os cartórios de registro civis, sem orientação técnica, coloca-se em risco a segurança jurídica em um ordenamento jurídico estável. O desconhecimento da legislação civil e a possível tentativa de desconstituição do vínculo familiar, podem causar transtornos à ordem jurídica e desestruturar as relações familiares.

Segundo o desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes⁷:

[...] a paternidade ou maternidade socioafetiva, espontaneamente reconhecida já com essa natureza, não pode ser ilidida ao sabor do momento pela pessoa que registrar o vínculo. Em outras palavras, declarar a parentalidade de alguém que sabe não ser seu filho biológico é um ato de amor, responsabilidade e comprometimento que perdura por toda a vida [...]

No que tange aos direitos sucessórios, em consonância com o disposto na Constituição da República a respeito da igualdade entre os filhos, objetiva-se seu reconhecimento na seara sucessória, por uma interpretação sistêmica, assegurando uma ordem jurídica uniforme e estável. Embora, no que concerne à filiação socioafetiva, ainda seja ausente na legislação civil-constitucional previsão expressa acerca do tema.

Nesse ínterim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁸, entendem que o efeito decorrente da parentalidade socioafetiva é a pluri-hereditariedade. Pois, o filho que possui dois, ou mais, pais ou duas, ou mais, mães terá direito à herança de todos eles. Não há que se falar em qualquer restrição, já que seria uma afronta à isonomia constitucional, que está prevista no artigo 227, § 6º, da CRFB/88.

Nessa toada, também se posiciona Flávio Tartuce⁹: "[...] é possível que alguém herde de dois pais e uma mãe ou de um pai e duas mães, mais um grande desafio para ser analisado e refletido pelos estudiosos do Direitos das Sucessões no Brasil".

No que concerne aos reflexos do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva é preciso ressaltar a sua importância no campo sucessório. Desse modo, segundo entendimento de Christiano Cassettari¹⁰ "[...] serão aplicadas todas as regras sucessórias na parentalidade socioafetiva, devendo os parentes socioafetivos ser equiparados aos biológicos

⁷ FONTES, Ricardo Orofino da Luz. *Circular n° 307/CGJ*, de 1º de dezembro de 2014. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Corregedoria-Geral da Justiça, p. 16. Disponível em: <http://www.anoreg.org.br/images/arquivos/Provimento_11.pdf> Acesso em 09 abr. 2018.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 3. ed. rev. e atual. V. 7. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 294.

⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 8. ed. rev., atual e ampl. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 217.

¹⁰ CASSETTARI, op.cit., p. 128.



no que concerne a tal direito [...]". Almeja-se assegurar a igualdade no seio da família entre os filhos biológicos e afetivos decorrente da desbiologização do parentesco.

Nesse viés da desbiologização do parentesco, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a paternidade socioafetiva *post mortem*, no informativo de jurisprudência nº 581¹¹, no REsp nº 1.500.999, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Por meio do entendimento esposado no julgado, aproxima-se a regra jurídica com a realidade fática. Assim, a parentalidade socioafetiva almeja trazer ao ordenamento jurídico uma realidade social que é intrínseca às novas entidades familiares.

Conforme previsto no julgado "[...] a paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana, por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos." Nessa nova perspectiva jurisprudencial, a realidade social imporá uma regulamentação legislativa, no tocante aos direitos sucessórios, quanto ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva. Isso se justifica pela previsão constitucional de que os filhos devem ser tratados sem qualquer discriminação – art. 227, § 6º, da CRFB/88 –.

Consoante o exposto, apesar de o Provimento nº 63, de 2017, do CNJ¹² trazer impactos positivos associados ao reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva, sopesa-se a respeito das questões de ordem pública e, até mesmo, da segurança jurídica. O ato de reconhecer a parentalidade socioafetiva, perante os cartórios de registros civis, sem assistência jurídica, pode gerar consequências práticas irrefutáveis. Dessa forma, adverte-se esse equívoco trazido pelo provimento, pois o direito aos alimentos, a irretratabilidade e os direitos sucessórios são efeitos exorbitantes aos imprudentes.

2. A EXIGÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA QUANDO O PROCEDIMENTO ENVOLVER A PARTICIPAÇÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O presente capítulo, com fulcro em uma perspectiva histórico-evolutiva, almeja debater a respeito da constitucionalidade da exigência da observância das regras da tomada de decisão apoiada, quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência, nos moldes do artigo 11, § 7º, do Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹³. O

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.500.999-RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 15 de abr. 2018.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³ Ibidem.



dispositivo em comento será analisado à luz da Lei nº 13.146, de 2015¹⁴, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), que buscou assegurar e promover a igualdade e a não discriminação da pessoa com deficiência.

A sociedade evoluiu sobremaneira quanto ao tratamento dispensado às pessoas portadoras de algum tipo de deficiência. Na Antiguidade, assim como na Idade Média, as pessoas portadoras de deficiência eram consideradas loucas, doentes mentais. Com o passar dos anos, na Idade Moderna, passou-se a compreender a deficiência como uma causa científica, segundo Iara de Souza¹⁵, a loucura passa a ser tratada e diagnosticada pelos médicos, mas a Medicina da época preocupava-se com a evolução clínica e não com a sua cura. Por seu turno, na Idade Contemporânea, busca-se a inclusão, com a eliminação das barreiras sociais; assim, caracteriza-se, na atualidade, a implementação do modelo social.

Por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o referido modelo social vem sendo internalizado e difundido no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, o artigo 6º, caput, do EPD¹⁶ prevê a plena capacidade civil como regra, já que a deficiência não a afeta. Nesse sentido, enunciam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁷:

[...] nota-se, assim, que as pessoas com deficiência física, psíquica ou intelectual foram oportunamente, removidas do rol dos absoluta e dos relativamente incapazes, estando libérrimas do regime da curatela, pela via de uma ação de interdição (atente-se para o nome interdição de direitos). Não mais se cogita de incapacidade jurídica, relativa ou absoluta, decorrente de uma deficiência física, mental ou intelectual, por si só [...].

Com fulcro no artigo 2º, § 1º, do EPD¹⁸ adotou-se um critério biopsicossocial para promover a avaliação da deficiência, com base no trabalho realizado por equipe multiprofissional e interdisciplinar. Ainda assim, segundo o artigo 84, caput, do EPD¹⁹: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. Nesse ínterim, é vedada qualquer forma de discriminação contra as pessoas com deficiência, nos moldes do artigo 4º, caput, do EPD²⁰.

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/L13146.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁵ SOUZA, Iara Antunes de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental*- Conforme a Lei: 13.146/2015- Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil – Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2016, p. 161-162.

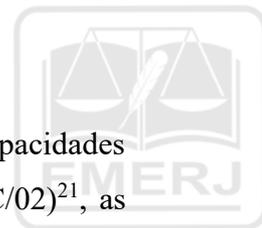
¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 14.

¹⁷ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., V.1, p. 339.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.



Como consequência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Teoria das Incapacidades sofreu transformações e retirou dos artigos 3º e 4º, do Código Civil, de 2002 (CC/02)²¹, as pessoas com deficiência. Nessa toada, hoje, como regra, a pessoa com deficiência é considerada capaz para todos os atos da vida civil e a curatela é medida excepcional. Nesse diapasão, encampou-se a preocupação com a inclusão social e a cidadania. Foram valorizados dois atributos da dignidade da pessoa humana: a igualdade, na vertente da não discriminação e a liberdade, na vertente da autonomia.

No mesmo sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²² afirmam:

[...] aliás, toda pessoa é especial pela sua humanidade, tenha, ou, não, algum tipo de deficiência. Não se justifica, em absoluto, impor a uma pessoa com deficiência o enquadramento jurídico como incapaz, por conta de um impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial. Toda pessoa é capaz, em si mesma. E, agora, o sistema jurídico reconhece essa assertiva. Até porque, de fato, evidencia-se discriminatório e ofensivo chamar um humano de incapaz somente por conta de uma deficiência física ou mental [...].

Em virtude da regra da plena capacidade da pessoa com deficiência, o instituto da tomada de decisão apoiada está previsto no artigo 84, § 2º, do EPD²³ como uma faculdade. O processo de decisão apoiada é conceituado pelo caput do artigo 1.783-A, do CC/02²⁴.

Nesse ínterim, consoante previsão de Iara de Souza²⁵, o processo de decisão apoiada corrobora a regra da capacidade civil da pessoa com deficiência, assim, permite que se extraia o maior nível de discernimento de suas decisões e atos da vida civil. Apesar disso, se, em decorrência da deficiência, a pessoa não se sentir apta à tomada de alguma decisão, poderá fazer uso do instituto, para que exerça sua capacidade com a ajuda de outras pessoas. Isso porque, apesar da tomada de decisão apoiada, a manifestação de vontade da pessoa com deficiência é que será externalizada e valerá perante terceiros, desde que nos limites do apoio acordado, nos moldes do § 4º, do artigo 1.783-A, do CC/02²⁶.

Na contramão da facultatividade da tomada de decisão apoiada, o artigo 11, § 7º, do Provimento nº 63, de 2017, do CNJ²⁷ estabelece, como regra, a observância do instituto da

²¹ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 01 set. 2018.

²² FARIAS; ROSENVALD, op. cit., V. 1, p. 339.

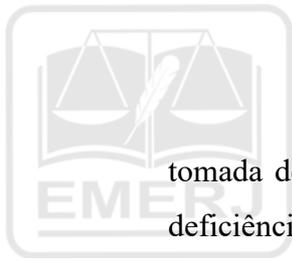
²³ BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 21. Para melhor compreensão transcrevo o artigo 1.783-A do CC/02: “A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (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 capacidade.”

²⁵ SOUZA, op. cit., p. 317-318.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 21.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.



tomada de decisão apoiada, quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência. Desse modo, o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva por meio dos oficiais de registro civil, quando se tratar de pessoa com deficiência, exigirá sempre a adoção do instituto da tomada de decisão apoiada.

Nesse sentido, cabe observar os ensinamentos do professor Luís Roberto Barroso²⁸, pelo qual o ordenamento jurídico é um sistema, que pressupõe unidade e ordem. O controle de constitucionalidade é um mecanismo capaz de restabelecer essa harmonia, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Em específico, refere-se ao ato normativo primário, o qual possui fundamento de validade direto na Constituição.

Na seara formal, o provimento do CNJ é classificado como um ato normativo secundário, o qual possui seu fundamento direto de validade em lei, esta extraíndo seu fundamento de validade da Constituição. Nesse diapasão, o provimento do CNJ apenas de forma secundária, ou por via oblíqua, possui como fundamento de validade a Carta Magna, consoante previsão no inciso I, do § 4º, do art. 103-B, da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB/88)²⁹. Cabe ao CNJ “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito da sua competência, ou recomendar providências”.

Em razão disso, a norma prevista no Provimento nº 63, de 2017, do CNJ³⁰ vai de encontro à Lei nº 13.146/2015³¹, que é expressa ao trazer a plena capacidade às pessoas portadoras de deficiência, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88³². Nessa toada, não se sustenta que um provimento (ato normativo secundário) possa se sobrepor à lei ordinária (ato normativo primário) e à Constituição da República Federativa Brasileira, sob pena de se contrapor à pirâmide de Kelsen e à hierarquia das normas jurídicas. Sendo passível de controle de legalidade, por tratar-se de ato normativo secundário³³.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

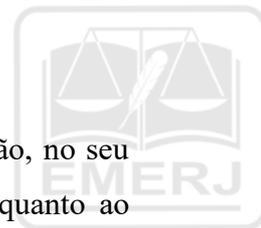
²⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 14.

³² BRASIL, op. cit., nota 29.

³³ BARROSO, op. cit., p. 335. Com o fim de corroborar o exposto, colaciona-se o trecho a seguir: [...] jurisprudência antiga e constante do Supremo Tribunal Federal rejeita o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos secundários, como são os regulamentos, resoluções, instruções, portarias e outros. Tais atos não podem inovar na ordem jurídica, estando subordinados às leis que legitimam sua expedição. A lógica pelo Tribunal é a de que ou a lei na qual se baseia o ato é inconstitucional – e, nesse caso,



Na vertente material, o Estatuto da Pessoa com Deficiência autoriza a adoção, no seu art. 6º, inciso VI³⁴, pela pessoa portadora de deficiência, sem qualquer ressalva quanto ao instituto da tomada de decisão apoiada. Nos termos do referido inciso: “exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”. Logo, não cabe ao provimento fazer uma restrição na contramão da previsão legislativa, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Se é possível à pessoa portadora de deficiência adotar uma criança ou um adolescente, não há razões para o provimento vincular o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva à tomada de decisão apoiada. Caso ocorra, estará violando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com fulcro no exposto, verifica-se certa incongruência do artigo 11, § 7º, do Provimento nº 63, de 2017, do CNJ³⁵ com a evolução do tratamento conferido às pessoas portadoras de deficiência pela Lei nº 13.146, de 2015³⁶. Assim, é possível, inclusive, em tese suscitar a sua inconstitucionalidade, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais³⁷, pois essa previsão está em dissonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, nas suas vertentes igualdade e liberdade. A exigência feita pelo provimento, a tomada de decisão apoiada sem ressalvas, ofende a hierarquia das normas jurídicas, desse modo, extrapola a competência constitucional prevista para o Conselho Nacional de Justiça. Logo, faz-se urgente a revisão desse dispositivo.

3. A POSSÍVEL VIOLAÇÃO À CONDIÇÃO DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO E AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS CRIANÇAS PELO ARTIGO 11, § 4º, DO PROVIMENTO Nº 63, DE 2017, EM DECORRÊNCIA DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO A RESPEITO DO SEU CONSENTIMENTO PARA O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA.

O presente capítulo procederá a análise do artigo 11, § 4º, do Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³⁸, o qual prevê que apenas se o filho for maior de 12

deveria ser ela, como ato normativo primário, o objeto da ação – ou o conteúdo do ato regulamentar afastou-se dos limites autorizados pela lei, configurando hipótese de ilegalidade e não de inconstitucionalidade [...].

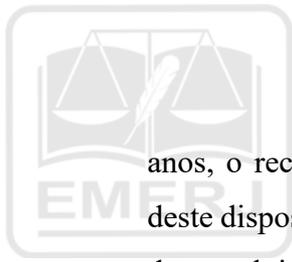
³⁴ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁷ BARROSO, op. cit., p. 335. Ademais, a respeito do tema: [...] ainda uma vez, pela regra da subsidiariedade, a inadmissibilidade de outros meios de controle através de processo objetivo torna cabível, em tese, a arguição de descumprimento de preceito fundamental contra atos normativos secundários ou infralegais. Há precedente de admissão de arguição contra provimento de Tribunal de Justiça [...].

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.



anos, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva exigirá o seu consentimento. A partir deste dispositivo, será feita análise a respeito da observância, ou não, da condição de pessoa em desenvolvimento e dos direitos da personalidade das crianças.

Contudo, essa norma está em dissonância com a previsão expressa no § 3º, do art. 39, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)³⁹, incluída pela Lei nº 13.509/2017, a qual enuncia que em caso de conflitos entre direitos e interesses do adotando e outras pessoas, deve prevalecer os direitos e os interesses do adotando. Logo, na adoção a criança é sujeito do processo, o que vai ao encontro da evolução do tratamento concedido às crianças e adolescentes no ordenamento jurídico pátrio, que foi chancelado pela Doutrina da Proteção Integral, consoante disposto no artigo 1º, do ECA⁴⁰.

Essa evolução dos direitos de crianças e adolescentes, segundo Antonio Cezar Lima da Fonseca⁴¹, partiu do denominado “direito do menor”, expressão que conduz à redução da condição da criança como ser humano, para direito da criança e do adolescente. Inicialmente, as crianças eram vistas sob a ótica da delinquência, adotava-se a doutrina do Direito Penal do Menor. O “Código Mello Mattos” inovou na ordem jurídica pois consistiu numa legislação sobre crianças e adolescentes, na época intitulados como menores. Segundo Tânia da Silva Pereira⁴², “representou a abertura significativa do tratamento à criança para a época, preocupado em que fosse considerado o estado físico, moral e mental da criança, e ainda a situação social, moral e econômica dos pais”.

Posteriormente, consoante Fonseca⁴³, surgiu o “Código de Menores” responsável pela revogação do “Código Mello Mattos”. Nesse ínterim, esse novo código baseou-se na Doutrina da Situação Irregular e inaugurou uma nova fase do direito minorista no Brasil. Contudo, em consonância com os movimentos sociais de defesa dos direitos da criança e do adolescente da década de 80, consagrou-se a Doutrina da Proteção Integral. Com o advento da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/88), foi implementada, no seu artigo 227⁴⁴ e parágrafos, a defesa das crianças e adolescentes, nos moldes do que estava sendo tutelado no plano internacional. Nesse diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) regulamentou o artigo 227, da CRFB/88⁴⁵.

³⁹ Idem. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ FONSECA, Antonio Cezar Lima de. *Direitos da Criança e do Adolescente*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9.

⁴² PEREIRA apud FONSECA, op. cit., p. 10.

⁴³ FONSECA, op. cit., p. 10.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 29.

⁴⁵ Ibidem.



Dessa forma, com o ECA emergiram o princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes, a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta. De modo a elucidar esses postulados, o artigo 15, do ECA⁴⁶ prevê que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos civis. E como tais, o artigo 3º, do ECA⁴⁷ assim enuncia:

[...] art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade [...].

A dignidade de crianças e adolescentes, no entendimento de Fonseca⁴⁸, é idêntica a dignidade da pessoa humana dos adultos, contudo, no caso de crianças e adolescentes é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (art. 18, do ECA⁴⁹).

Nesse ínterim, um importante instituto para a promoção da dignidade das crianças e adolescentes é a oitiva da criança e do adolescente, que possui previsão nos artigos 28, § 1º, 45, § 2º, e 168 do ECA⁵⁰. Na visão de Fonseca⁵¹: “nos processos de Direito de Família, v.g., quando se discute a guarda dos filhos, a ouvida de uma criança ou adolescente é sempre recomendável, auxiliando o juiz na melhor solução ao caso concreto [...]”. Para substanciar essa tendência, a Lei nº 13.509/2017⁵² acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 39, do ECA⁵³, reforçando o princípio da prevalência dos interesses do adotando, inclusive em relação à posição dos seus pais biológicos.

Ao revés, o Provimento nº 63, de 2017, do CNJ trouxe previsão sobre a necessidade de consentimento, para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, apenas nas hipóteses de o filho ser maior de doze anos, conforme o seu art. 11, § 4º⁵⁴. Logo, não há previsão quanto ao consentimento das crianças. Embora deva-se respeitar o seu estágio de desenvolvimento e compreensão, a oitiva das crianças no que tange à parentalidade socioafetiva é de extrema relevância, correndo-se o risco de acarretar na violação à dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, que da dignidade decorrem.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 39.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ FONSECA, op. cit., p. 82.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 39.

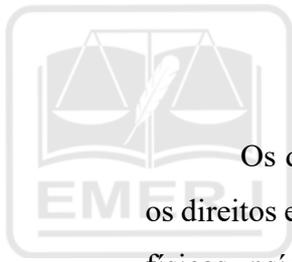
⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ FONSECA, op. cit., p. 146.

⁵² BRASIL. *Lei nº 13.509*, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

⁵³ Idem, op. cit., nota 39.

⁵⁴ Idem, op. cit., nota 1.



Os direitos da personalidade, na visão de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal⁵⁵ “são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segurança e avançada tutela jurídica [...]”. Os autores preceituam que os direitos da personalidade estão associados ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como uma garantia para a preservação de sua dignidade.

Desse modo, em decorrência dos efeitos jurídicos e sociais advindos do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, a ausência de previsão a respeito da oitiva das crianças fere de pronto a sua dignidade. O direito geral da personalidade, de acordo com Rodrigo Pereira Moreira⁵⁶, protege os diferentes modos de desenvolvimento da pessoa, subdividindo-se em: direito à autodeterminação; direito à autopreservação; direito à auto apresentação. A respeito da autodeterminação, afirma Moreira⁵⁷, tratar-se de um terreno que o indivíduo pode desenvolver a sua personalidade, de modo a organizar a sua vida conforme a sua vontade, desde que respeitados determinados limites.

Nessa seara, é imprescindível a oitiva da criança para dar efetividade ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva, uma vez que a partir dela forma-se um vínculo de afeto indissolúvel. Seria um contrassenso admitir o reconhecimento da parentalidade socioafetiva sem que houvesse afeto de ambas as partes da nova relação jurídica consolidada. Isso porque conforme prevê Maria Berenice Dias⁵⁸, o princípio da afetividade permite compreender e considerar a família para muito além dos laços jurídicos e de consanguinidade.

Ainda, segundo Maria Berenice Dias⁵⁹:

[...] O reconhecimento do afeto enquanto *categoria jurídica* e o posicionamento do ser humano como “valor-fonte” do ordenamento jurídico irradiam efeitos para a parentalidade no sentido de deslocar seu paradigma de um critério emitentemente *objetivo, totalitário e servil* à patrimonialidade das relações familiares interpessoais (biologização) para outro, marcadamente *subjetivo e relacional* (afeto fundado na convivência familiar e estável e qualificada) [...].

Nessa toada, sob a nova ótica subjetiva conferida às relações familiares, a despeito da ausência de previsão normativa no tocante ao Provimento nº 63, de 2017, do CNJ⁶⁰, as crianças devem ser ouvidas, suas percepções e sentimentos devem ser sopesados para que se possibilite

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 15 ed. rev. e atual. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 183-184.

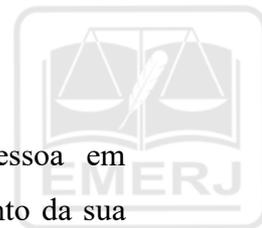
⁵⁶ MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 226.

⁵⁷ MOREIRA, op. cit., p. 252.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 34.

⁵⁹ DIAS, op. cit., p. 34.

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.



o reconhecimento da parentalidade socioafetiva. Contudo, a condição de pessoa em desenvolvimento deve ser considerada, de modo a permitir o pleno desenvolvimento da sua personalidade e sua autodeterminação. Desse modo, priorizam-se os laços de afeto consolidados no seio das famílias modernas; ademais, atende-se ao princípio do melhor interesse da criança, à doutrina da proteção integral e ao princípio da prioridade absoluta.

CONCLUSÃO

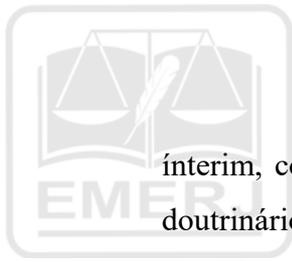
A problematização central desta pesquisa baseou-se nas consequências trazidas pelo reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva, por meio do Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esta reconhecimento da parentalidade socioafetiva, como demonstrado, emana de uma realidade social intrínseca às novas entidades familiares. Assim, a atual perspectiva jurisprudencial permitiu aos indivíduos o reconhecimento do seu histórico de vida e a condição social ostentada.

Desse modo, apesar dos impactos positivos que foram trazidos com o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva, por meio do Provimento nº 63, de 2017, do CNJ, sopesou-se a respeito das questões de ordem pública e, até mesmo, da segurança jurídica. Isso porque o ato de reconhecer a parentalidade socioafetiva, perante os cartórios de registros civis, sem assistência jurídica, pode trazer consequências práticas irrefragáveis. Por essa razão, foram analisados o direito aos alimentos, a irretratabilidade do vínculo e os direitos sucessórios.

Por conseguinte, o reconhecimento do vínculo socioafetivo, em decorrência do direito à igualdade entre os filhos, previsto no artigo 227, § 6º, da CRFB/88, resulta o dever de prestar alimentos. Além disso, tendo em vista que a filiação socioafetiva gera o parentesco socioafetivo nos limites da lei civil, prevê o enunciado 339, do Conselho da Justiça Federal que a parentalidade socioafetiva é irreatável. Logo, em razão do melhor interesse do filho são consolidados vínculos inextinguíveis.

Ademais, conforme problematizado, detectou-se que a doutrina majoritária, a despeito da ausência de previsão legislativa sobre o tema, entende que um dos efeitos da parentalidade socioafetiva é a pluri-hereditariedade. Assim, serão aplicadas todas as regras do campo sucessório à parentalidade socioafetiva.

No que tange ao que se expôs no segundo capítulo, a verificação a respeito da exigência de observância das regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência caracteriza uma ofensa à dignidade da pessoa humana, em virtude da implementação do modelo social no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse



ínterim, com base nos argumentos jurídicos, na legislação apresentada e nos entendimentos doutrinários expostos, concluiu-se que como regra, hoje, a pessoa com deficiência é considerada capaz para todos os atos da vida civil e a curatela é medida excepcional. Assim, encampou-se a preocupação com a inclusão social e com a cidadania.

Nesse diapasão, na contramão da facultatividade da tomada de decisão apoiada, o artigo 11, § 7º, do Provimento nº 63, de 2017, do CNJ estabelece, como regra, a observância do instituto da tomada de decisão apoiada, quando o procedimento envolver a pessoa com deficiência. Essa previsão traz certa incongruência com a evolução do tratamento conferido às pessoas portadoras de deficiência pela Lei nº 13.146, de 2015.

Outrossim, a presente pesquisa constatou a necessidade da oitiva das crianças, para auferir suas percepções e seus sentimentos quanto ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva, a despeito da ausência de previsão no artigo 11, § 4º, do Provimento nº 63, de 2017, do CNJ. Nesse sentido, a condição de pessoa em desenvolvimento deve ser considerada, para permitir o pleno desenvolvimento da sua personalidade e sua autodeterminação, em consonância com o princípio do melhor interesse da criança, a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta.

Com base no exposto, o presente trabalho almejou revelar e debater a respeito das inconsistências trazidas pelo Provimento nº 63, de 2017, do CNJ, apesar da sua conveniência para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, pela via extrajudicial. Deve haver uma preocupação do CNJ em readequar seu provimento de acordo com a evolução legislativa e jurisprudencial acerca do tema, já que o provimento foi um motivo de festejo para o afeto.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

_____. *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: 01 set. 2018.



_____. *Lei nº 13.146*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. *Lei nº 13.509*, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm. Acesso em: 14 set. 2018.

_____. *Provimento nº 63 de 2017*, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 15 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.500.999-RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 15 de abr. 2018.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Filhos do afeto*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 15 ed. rev. e atual. V.1. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *Curso de direito civil: famílias*. 9. ed. rev. e atual. V. 6. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Curso de direito civil: sucessões*. 3. ed. rev. e atual. V. 7. Salvador: JusPodivm, 2017.

FONSECA, Antonio Cezar Lima de. *Direitos da Criança e do Adolescente*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FONTES, Ricardo Orofino da Luz: Circular nº 307/CGJ, de 1º de DEZEMBRO DE 2014. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Corregedoria-Geral da Justiça, p. 16. Disponível em: http://www.anoreg.org.br/images/arquivos/Provimento_11.pdf Acesso em 09 abr. 2018.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2016.

SOUZA, Iara Antunes de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental- Conforme a Lei: 13.146/2015- Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil – Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016.*

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 8. ed. rev., atual e ampl. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



A CRIMINALIZAÇÃO COMO REMÉDIO FRENTE A IMPRECIÇÃO LEGISLATIVA NA TUTELA JURÍDICA DO *REVENGE PORN*

Carolina Cadranel

Graduada pela faculdade de direito PUC-RIO. Advogada.

Resumo – O presente trabalho busca mostrar como a lacuna na legislação no tocante a pornografia de vingança vem sendo traduzida em impunidade e estímulo aos infratores que tomam tanto das vítimas, e do Estado recebem penas ínfimas. Para isso, expõe como a disseminação de imagens íntimas não consentida afeta a vida da vítima, sendo uma violação flagrante de direitos fundamentais constitucionais de intimidade e privacidade. Apresenta projetos de lei que serviriam para combater o crime. Busca verificar se a atual forma de conduzir casos é de alguma forma eficaz na prevenção de um crime tão malicioso. Ao fim, com o advento da Lei nº 13718 em setembro de 2018, comemora o fim de uma lacuna tão prejudicial à sociedade.

Palavras-chave – Direito Penal. Violência de Gênero. Revenge Porn.

Sumário – Introdução. 1. Violência de gênero online. 2. Pornografia de vingança o ordenamento jurídico Brasileiro. 3. Propostas legislativas para disseminação não consensual de imagens íntimas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A era tecnológica trouxe junto a seus incontáveis avanços e facilitadores, problemas antes inimagináveis. Diante de uma tela de computador, e seu aparente anonimato, o indivíduo pareceu se sentir à vontade para se expressar em um patamar além do razoável, muitas vezes criminoso.

Como se sabe, em uma sociedade patriarcal a violência contra as mulheres se pratica de diversas formas, e também encontrou seu espaço online.

Dentre os crimes cibernéticos, o chamado *revenge porn* merece destaque.

O capítulo 1 do presente trabalho se destina a conceituar a pornografia de vingança, e para isso faz um breve relato histórico de como as mulheres sempre foram rebaixadas perante o homem. Além disso, aponta de que maneiras a conduta do ofensor fere seus direitos fundamentais à privacidade e intimidade.



Em seguida, o segundo capítulo relata como se dá o enquadramento jurídico da conduta de expor imagens de cunho íntimo sem o consentimento da vítima na internet – majoritariamente definidos como crimes contra a honra – de forma a deixar clara a deficiência do direito brasileiro frente a esta lacuna legislativa.

No terceiro capítulo, vêm à baila argumentos promissores em favor da criminalização, assim como projetos de Lei que tramitam pelo congresso contendo alternativas para o tratamento adequado de conduta tão danosa.

Conclui-se enfim pela necessidade latente de criminalização da pornografia de vingança, vez que o tratamento que recebe hoje se mostra insuficiente para punir satisfatoriamente o ofensor e coibir ofensores futuros. Ao fim da pesquisa, datando em 24 de setembro de 2018, a Lei nº 13718 finalmente, surge como fundamento de validade de tudo que aqui foi exposto.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois 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.

1. A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO E VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A figura da mulher sempre esteve em posição de inferioridade. Por diferentes razões, como a classe ou simplesmente em função de relações de poder, não há equívoco em dizer que no decorrer da história o sexo feminino foi e é vítima de violência por ter sido impropriamente colocado neste papel de submissão ao homem.

A cultura da violência contra a mulher é tão arcaica quanto a humanidade, reinventada de geração em geração, de tal forma que acaba por ser concebida como algo natural.

Inserida nas veias da sociedade, essa violência tácita embaraça o ajustamento da conduta como ato impetuoso que é. Até mesmo a mulher, nascida e criada nas bases de uma sociedade patriarcal, e por isso limitada de incontáveis maneiras, falha em identificar que de fato sobre violência.

Convém dizer, que o primórdio dessa relação de subjugação teve como justificativa o fato de a mulher ser menos forte fisicamente, e assim necessitada de proteção, sendo mantida em relação de dependência.

Apesar de a igualdade formar estar prevista no art. 5º da *Lex Mater*, a inferiorização da



mulher perante o homem se faz clara quando analisados dados da ONU que indicam que cerca de 70% das mulheres em território nacional sofra, ao longo da vida, algum tipo de violência. O mais medonho é que em sua maioria, a violência é praticada pelo marido, namorado, parceiro.

O termo violência de gênero foi cunhado pela sociologia para tratar da violência contra a mulher e tem sido utilizada pelos estudiosos do direito desde que se entendeu que “as relações entre homens e mulheres são constituídas socialmente e se fundam em poder”, dada a condição de subordinação das mulheres dentro da sociedade brasileira ¹

A violência de gênero, em uma relação íntima, refere-se a qualquer comportamento que cause dano físico, psicológico ou sexual àqueles que fazem parte da relação. Esse comportamento inclui:

Atos de agressão física – tais como estapear, socar, chutar e surrar.

Abuso psicológico – tais como intimidação, constante desvalorização e humilhação;

Relações sexuais forçadas e outras formas de coação.

Vários comportamentos controladores – tais como isolar a pessoa de sua família e amigos, monitorar seus movimentos e restringir seu acesso às informações ou à assistência.

Assim, a violência de gênero é instrumento para mantê-las desta forma: inferiorizadas, vulneráveis e submissas, seja lhes ofendendo a integridade física, ou a integridade psicológica.

Dentre as atitudes recomendadas para manter-se “mulher de respeito” estão as limitações sexuais. Enquanto o homem sempre foi celebrado por ter vida sexual, a mulher foi instruída a abster-se dela até o casamento, em que não há espaço para prazer, mas apenas satisfazer e procriar, em um papel completamente passivo. A livre sexualidade da mulher sempre foi marginalizada.

Mesmo com o passar do tempo, este senso mantém-se arraigado, às vezes explícita, às vezes inconscientemente na cabeça do corpo social, e é essa noção em conjunto com o advento da era tecnológica que propiciou a criação de uma nova forma de violência de gênero: A pornografia de vingança.

A *Revenge Porn*, em inglês, ou “pornografia de vingança” pode ser definida como a divulgação/exposição/compartilhamento na internet de imagens ou vídeos de conteúdo sexual explícito feitos em momentos de intimidade do casal, contendo nudez ou sexo, para uso exclusivo deles, sem consentimento da vítima. Ou como sabiamente definiu a autora Mary Anne Franks²:

¹ LIMA, José Afonso de; SANTOS, Claudiene. *Violência Doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

² FRANKS, Mary Anne. *Drafting an effective “revenge porn” law*. A guide for legislations, 2015. Disponível em: < <https://www.cybercivilrights.org/guide-to-legislation/>>. Acesso em 23 mai. 2018.



pornografia não consensual se refere a imagens sexualmente explícitas divulgadas sem o consentimento e sem propósito legítimo. O termo encobre material obtido por câmeras escondidas, consensualmente trocadas dentro de uma relação confidencial, fotos roubadas e gravações de abusos sexuais. A pornografia de Vingança frequentemente ocorre em casos de violência doméstica, com os agressores usando a ameaça de divulgação para evitar que suas parceiras os abandonem ou denunciem práticas abusivas. Traficantes de mulheres e cafetões também usam a pornografia não consensual para encontrar indivíduos dispostos a sexo comercial. Estupradores têm gravado os seus ataques não apenas para humilhar suas vítimas como também para desencorajar as denúncias de estupro.

Vê-se que a pornografia de vingança, se distingue da pornografia não consensual, igualmente reprovável, pelo fato de ter como elementar a finalidade de fazer sofrer a vítima, humilhando-a, por meio da divulgação de imagens de conteúdo sexual sem o seu consentimento. Como a motivação normalmente se dá pelo término de um relacionamento, o termo “vingança” se explica.

O ato impetuoso de espalhar material íntimo pode ser movido por um rompimento drástico de relacionamento, um desentendimento, ou apenas por diversão, e gera consequências gravíssimas na vida da mulher exposta, pois funciona como instrumento de aviltamento.

Não se pode numerar os casos de mulheres que mudaram de escola, trabalho, cidade, e até aparência para tentar fugir da pressão que é ter seus momentos mais particulares expostos na rede para todos os interessados verem e tirarem suas conclusões. Muitas delas não resistem e decidem tirar a própria vida.

Não é a mera implicância(...)São insultos em efeito dominó, vindos tanto de anônimos e terceiros como também de pessoas próximas. É o descrédito sofrido pela agredida, por motivos moralistas e preconceituosos; são ameaças, por não agir conforme o padrão social a ela imposto - e, diga-se de passagem, perpetuado e reforçado por determinados grupos na internet. São os impactos na honra subjetiva e objetiva das vítimas e suas famílias; a necessidade de mudar de aparência, se esconder, mudar de domicílio (algumas vezes até mesmo de país), trocar de emprego, buscar medicamentos e auxílio para a tortura psicológica e depressão. São o assédio, as perseguições, o discurso misógino, o tratamento desrespeitoso provocados pela liberação destes materiais que eram destinados única e exclusivamente a uma pessoa, sem aval para o seu repasse.³

Certo é que da assim como a internet e a rapidez com que permite disseminar informações no espaço virtual ajudaram a chamar atenção da comunidade internacional para a violência de gênero ao redor do mundo (sem ela dificilmente saberíamos da mutilação genital na África, da punição com ácido na Índia, ou do apedrejamento no Afeganistão), também criou o ambiente

³ BOUCHARDET DIAS e DOS SANTOS, Tutela jurídica da pornografia de vingança: definição imprecisa, escassez legislativa e insuficiência da resposta jurisdicional. Publicado em 2017. Disponível em < http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2017/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Gabriel%20Santos;Carolina%20Bouchardet.pdf> Acesso em 27 de nov. 2018.



perfeito para o cometimento de crimes virtuais.

Da mesma forma que em fração de segundos espalham-se notícias relevantíssimas, a divulgação de imagens íntimas sem o consentimento da vítima alcança um número enorme de pessoas na mesma fração de segundos. Mais do que isso, chances são que dados fiquem gravados na internet para sempre, o que fada a vítima a uma humilhação *ad eternum*. O desespero aumenta quando considerado que tais imagens atingirão pessoas indetermináveis:

A aflição de não saber de onde, ou quem poderá acessar o material é infundável. Poderá ser seu chefe, futuro companheiro, e até mesmo os amigos de seu filho. E uma vez trazido à tona, toda a humilhação e sofrimento retornam à vítima, que na atual conjuntura legal, quase não tem respaldo para exigir seus direitos, ou obter uma justiça digna de seu sofrimento.⁴

Obviamente, não só as mulheres estão sujeitas a sofrerem este tipo de violência, mas em pesquisa Franks, constatou serem mais de 90% das vítimas⁵. Isso porque o estigma social que recai sobre elas, é capaz de gerar mal-estar infinitamente maior do que aos homens, a quem é permitida e festejada a sexualidade.

Como não fosse o suficiente, a mulher se vê culpabilizada pela sociedade por ter permitido a captação dessas imagens, e é classificada como libertina, o que em analogia muito assemelha-se ao que ocorre no crime de estupro, quando mulheres são culpadas pela roupa que vestem, pela forma que agem, enquanto o agressor, verdadeiro e único responsável, se beneficia desse discurso para não ser punido como causador do trauma. Infelizmente, ainda hoje, nesses casos, é enorme a tendência em culpar a vítima, o que potencializa seu sofrimento.

De certa forma, a sociedade acredita ser devida a exposição da mulher que “não se dá ao respeito”, pois para os mais conservadores ela jamais deveria ter relações sexuais fora do casamento, e para os menos, ela jamais deveria permitir que tirassem suas, ou ela mesma tirar fotos “vulgares”. A mulher que explora sua liberdade sexual como bem entende, e cai nas mãos de um vingativo, não é concebida como a vítima de um crime, mas como uma devassa. Assim, a sociedade faz o papel indesejável de legitimar a conduta criminosa.

É importante destacar que o erro não está em fazer as fotos ou vídeos, mas em fazer ou divulgar esse conteúdo sem a expressa autorização da pessoa envolvida. (...) Todos têm a liberdade de se relacionar, e de lidar com a sua e da maneira que melhor lhes

⁴ DE AZEVEDO MOCHO, Nathalia, Crime cibernéticos: pornografia de vingança. Publicado em 2016. Disponível em <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2455/1/Nathalia%20Mocho%20-%20Crime%20Cern%20-%20A9tico%20-%20Pornografia%20de%20vingan%C3%A7a..pdf>> Acesso em 27 de nov. 2018.

⁵ I FRANKS, op cit., p. 11.



convir. sexualidade são se configuram quando esse conteúdo é divulgado e compartilhado de forma irresponsável, sem o expreso consentimento da pessoa ofendida, com o intuito evidente de prejudicá-la ou de humilhá-la.⁶

Cumpra esclarecer, que não se enquadra na conduta criminosa só quem divulga originalmente os conteúdos, isto é, a pessoa que recebeu da vítima o material e o expôs, mas também quem compartilha o conteúdo privado sem o consentimento da vítima.

O ato de divulgar estas imagens fere não só o psicológico e a estrutura da mulher, mas também direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988⁷, fundada na dignidade da pessoa humana, quais sejam, os direitos da personalidade, expressos no art. 5º, caput e inciso X, que preveem, respectivamente:

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(...)
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Desnecessário conhecimento aprofundado em direito para depreender da leitura deste artigo que a divulgação de imagens de conteúdo sexual sem o consentimento da vítima ofende todos os direitos nele dispostos.

É necessário dizer a violação do direito a liberdade individual, a intimidade e a vida privada, por meio da propagação de imagens íntimas não autorizada, não pode ser tratada como ofensa à honra sob pena de encorajar o pensamento arcaico que vincula a sexualidade da mulher ao proibido e imoral. Atualmente, não cabe mais relacionar a cena de nudez, ou sexo, em que figura uma mulher como algo atentatório a sua moral. O caso é mais grave, o direito atacado é à intimidade, que a doutrina classifica como uma das mais amplas formas de liberdade.

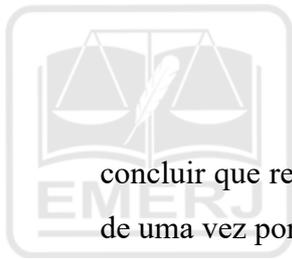
Tem-se então a primeira razão para o não cabimento do enquadramento da pornografia de vingança como crime contra a honra, tema que será tratado no próximo capítulo.

Conforme dito anteriormente, o poder de disseminação da internet gera danos severos e perpétuos, que uma indenização extrapatrimonial mal começa a reparar. Além de que, os valores comumente praticados não parecem ser em montante suficiente para que deixem de realizar a conduta danosa.

A quase impossível reparação pelos danos causados ao psicológico da vítima leva a

⁶ Cartilha Revenge Porn e Slut Shaming. Disponível em < http://biton.uspnet.usp.br/ddd/wp-content/uploads/2017/01/Grupo-A_Matutino_Cartilhas_Revenge-Porn-e-Slut-Shaming.pdf> Acesso em 23 de mai. 2018.

⁷BRASIL, Constituição Federal 1988. Disponível em <http://planalto.gov.br.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/> Acesso em 23 de mai. 2018



concluir que reparar o dano não é o suficiente. É necessária uma ação contundente para evitar de uma vez por todas o cometimento de tamanha crueldade.

2. A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como visto, a violência contra a mulher sempre existiu, e perante a falta de legislação específica, os ofensores não são adequadamente responsabilizados.

No Brasil, para ajustar o comportamento à Lei, na ocasião de disseminação de imagens íntimas sem consentimento, o primeiro passo é observar a idade da vítima. Isto porque menores de 18 anos terão o seu caso tutelado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O art. 241-B do referido diploma legal⁸ atribui pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos a quem “adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”.

O cenário muda substancialmente na hipótese de a vítima ser adulta, situação que geralmente será enquadrada pelo judiciário como injúria (ofensa a honra e a dignidade) ou difamação (atribuir fato ofensivo à reputação), mediante ação penal privada (enquanto no caso de vítima menor se dá por ação penal incondicionada).

De antemão, vê-se que há maior dificuldade visto que além de ser necessário o patrocínio do advogado, e os consequentes gastos, há também o prazo decadencial para a apresentação da queixa-crime, qual seja, seis meses contados do momento em que toma ciência do fato.

Voltando à questão da responsabilização adequada dos ofensores, deve ser dito que tais capitulações são consideradas crimes de menor potencial ofensivo, e por essa razão estão sujeitas a Lei nº 9099/95, sendo da competência de Juizados Especiais Criminais. Fato é que no JECRIM diversas são as oportunidades de o réu não cumprir pena restritiva de liberdade, mediante transação, ou conversão em pena restritiva de direitos, que tantas vezes se mostra insuficiente para preencher o caráter psicopedagógico da pena.

Há também, a partir de 2006, com o advento da Lei Maria da Penha, que visa a combater a violência (física, moral, psicológica, patrimonial), a possibilidade de se afastar a competência do JECRIM, conforme seu art. 41⁹ “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

⁸ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em 23 de mai. 2018.

⁹ BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2016. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11240.htm> Acesso em 3 de set. 2018.

Porém, só poderá ser aplicada nos casos de violência doméstica, que a própria Lei define como:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.¹⁰

Esse artigo traz a hipótese de aplicação da lei para os casos mais comuns de pornografia de vingança, que acontece quando entre o ofensor e vítima existiu relação íntima, como ocorre com ex-namorados, maridos, amantes, e até amigos inconformados. Importante frisar que não há necessidade de coabitação, como demonstra jurisprudência colacionada¹¹:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA. INVASÃO NO DISPOSITIVO INFORMÁTICO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. NAMORO. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. CARACTERIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. ART. 5.º, INCISO III. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZADO. REJEITADA. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE E AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. AMEAÇA. CRIME FORMAL. ATENUANTE. CONFISSÃO PARCIAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Independentemente da ocorrência de coabitação, o namoro é uma espécie de relação íntima de afeto. Mesmo cessado o vínculo, se a ameaça é cometida nesse contexto, configura-se violência doméstica, ensejando a aplicação da Lei nº 11.340/2006. 2. Tendo os crimes sido cometidos pelo ex-namorado por motivo referente à relação, qual seja, o rompimento do relacionamento, o Juízo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é competente para conhecer e julgar a causa.

Além de apontar quem pode ser o agressor, a lei também dispõe, em seu art. 7º¹², quais formas de violência que podem ser sofridas pela mulher:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

¹⁰BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2016. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11240.htm> Acesso em 3 de set.2018.

¹¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APR 20140110047759. Relator: Sandoval Oliveira Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310267922/apelacao-criminal-apr-20140110047759?ref=serp>> Acesso em 3 de set 2018

¹² BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2016. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11240.htm> Acesso em 3 de set. 2018.



I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida 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, 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;

De todo modo, percebe-se que a Lei Maria da Penha não criou novos delitos, devendo ainda a conduta do ofensor ser subsumida a um artigo do Código Penal. Assim, a lei servirá apenas para excluir a competência dos juizados, impedindo a propositura de transação por parte do Ministério Público, e para permitir a aplicação de medidas protetivas à vítima.

Não há dúvidas de que a aplicação da lei ajuda na batalha para acabar com a impunidade de quem causa tamanhos transtornos, recrudescendo o processo sem a aplicação dos instrumentos despenalizadores do JECRIM, mas a falta de lei específica e políticas públicas de conscientização ainda não são o suficiente para reparar o dano causado, e evitá-lo.

4. DA CRIMINALIZAÇÃO E PROJETOS DE LEI NESSE SENTIDO

O art. 7º da Lei nº 12.737/2012, o Marco Civil da Internet¹³ assegura em seu inciso I a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, mas até o momento não existe no ordenamento jurídico uma proteção efetiva contra o *revenge porn*.

Não há lei ou tipo penal específico que tratem da pornografia de vingança, o que impede uma persecução penal acertada quando a única opção do aplicador do direito é enquadrar a conduta lesiva nos irrisórios crimes contra a honra.

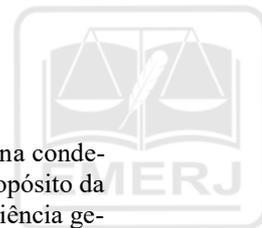
A graveza e profundidade das sequelas geradas por quem compartilha imagens íntimas sem o consentimento da vítima é tamanha que urge penalidade que cumpra as finalidades da pena criminal.

Conforme o Código Penal, que adota a teoria mista unificadora da pena, esta deve servir tanto para punir o agente, como para prevenir futuras infrações penais, conforme indica Rogério Greco:¹⁴

A pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir junto à sociedade, evitando-

¹³BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acesso em 13 set. 2018.

¹⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. 14. ed., Niterói: Impetus, 2012, página 126.



se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar a infração penal; O propósito da pena vai além da prevenção negativa, sendo, na verdade, infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, promovendo a integração social.

Certo é que a forma atual de subsunção da conduta ao tipo penal falha duplamente. O perpetrador não recebe punição compatível com o bem jurídico ofendido, e as penas baixíssimas não tem potência para intimidar a sociedade.

A pornografia de vingança já fez inúmeras vítimas no Brasil, e não são poucos os casos em que mulheres humilhadas acabam tirando suas vidas. Frente à habitualidade com que tais fatos vêm ocorrendo, se faz imperiosa a intervenção Estatal.

O princípio da intervenção mínima do Direito Penal não cria óbice a criminalização da conduta, vez que: 1) há efetiva violação de direito fundamental, e carência na proteção dos bens jurídicos envolvidos (honra, liberdade sexual); 2) s alternativas da penalização da conduta não são suficientes quando considerada a gravidade da violação do bem jurídico; 3) há eficácia concreta na criminalização, visto que as penas existentes não carregam proporcionalidade com o bem jurídico violado.

Aqui, convém lembrar a afamada Lei “Carolina Dieckmann”, que leva a alcanha da atriz que em 2012 teve imagens íntimas divulgadas na internet, estampo manchetes pelo Brasil, e culminou na adição do art. 154-A ao Código Penal brasileiro¹⁵:

invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Essa lei, com toda sua proficuidade, objetivou criminalizar a conduta de quem invade equipamentos digitais para obter, adulterar ou destruir a intimidade virtual de outrem, o que por mais que tenha contribuído para a punição da disseminação de imagens não consensuais, não se preocupou em responsabilizar os que recebem imagens em razão de relação de confiança com a vítima

Para a devida criminalização da conduta, tramitam alguns projetos de lei no senado que merecem ser citados. O primeiro deles, baseado na história da jornalista Rose Leonel, que tanto

¹⁵ BRASIL, Decreto-Lei nº. 2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm> Acesso em 14 de set. 2018



sofreu com a publicação de suas fotos íntimas na internet após o término de seu relacionamento. Não satisfeito em publicar suas fotos na rede mundial de computadores, o ex-namorado de Rose a listou como prostituta, divulgando, inclusive, seu número de telefone em sites especializados de garotas de programa. Dispensável descrever as consequências destes atos sórdidos na vida de uma mulher, mãe e trabalhadora.

O Projeto de Lei nº 555 – de autoria do deputado federal João Arruda (PMDP-PR) foi aprovado pelo plenário, e sugere modificação na Lei Maria da Penha para tipificar transgressão da privacidade da mulher, pela divulgação na internet de vídeos, áudio, imagens, dados e informações pessoais sem expressa autorização.

Art. 3º O artigo 7º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, passa a vigorar acrescido do inciso VI, com a seguinte redação:

“Art. 7º VI – violação da sua intimidade, entendida como a divulgação por meio da Internet, ou em qualquer outro 2 meio de propagação da informação, sem o seu expresso consentimento, de imagens, informações, dados pessoais, vídeos, áudios, montagens ou fotocomposições da mulher, obtidos no âmbito de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.”(NR)¹⁶

O referido projeto prevê ainda a possibilidade de o juiz aplicar medidas protetivas de urgência na hipótese de disseminação de imagens não consentidas.

Art. 4º O artigo 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, passa a vigorar acrescido do parágrafo 5º, com a seguinte redação:

“Art.22 §5º Na hipótese de aplicação do inciso VI do artigo 7º desta Lei, o juiz ordenará ao provedor de serviço de e-mail, perfil de rede social, de hospedagem de site, de hospedagem de blog, de telefonia móvel ou qualquer outro prestador do serviço de propagação de informação, que remova, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, o conteúdo que viola a intimidade da mulher.(NR)”¹⁷

Para ele, o senado apresentou um substitutivo que acresce o artigo 140-A ao Código Penal, para criminalização da exposição pública da intimidade sexual, com pena de detenção de três meses a um ano, aumentada de um terço a metade se o crime é cometido por motivo torpe contra pessoa com deficiência.

Também em 2013, Romário Faria propôs o Projeto de Lei nº 6630/2013, que objetivava a alteração do art. 216-B do Código Penal, para criminalizar a conduta de quem divulgar, por qualquer meio, fotografia, imagem, som, vídeo ou qualquer outro material, contendo cena de

¹⁶ Projeto de Lei 5555/13, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8681805FF3F6EBA06D26A5BE36669545.proposicoesWebExterno2?codteor=1087309&file-name=PL+5555/2013> Acesso em: 14 de set. 2018



nudez, ato sexual ou obsceno sem autorização da vítima, com pena de detenção de um a três anos, e multa. Esta proposta foi apensada ao Projeto de Lei nº 6713, de Eliene Lima (PSD/MG) que pretende a condenação em um ano de reclusão e 20 salários para quem praticar a pornografia de vingança.

Ainda que os projetos oscilem quanto a quantidade de pena que deva ser aplicada ao ofensor, sua grande maioria propõe penas máximas superiores a um ano, não submetendo-se, assim, à égide do Juizado Especial, o que por si só dá ao crime uma roupagem mais compatível com sua seriedade.

CONCLUSÃO

O presente estudo demonstrou a necessidade de criminalização da conduta de disseminar imagens íntimas sem o consentimento da vítima imbuído do sentimento de vingança, através de criação de um tipo específico.

Em meio a era digital, a facilidade de propagação de material particular dilatou incalculavelmente o efeito da referida conduta, vez que ao atingir um número indeterminável de pessoas, decreta também um maior estrago na vida da vítima.

Diante de uma lesão tão contundente aos bens jurídicos protegidos, qual sejam, a intimidade, privacidade da vítima, é imperiosa a adequação do Estado a essa nova realidade, traduzido pela formulação de norma eficaz na punição do ofensor, e não menos importante, a intimidação da sociedade como um todo.

É inequívoco que a maneira como os aplicadores do direito vem tratando o crime amparados pelo ordenamento vigente falha em entregar penalidades adequadas à sua relevância, e a aplicação de penas brandas como dos crimes contra a honra, neste caso, funcionam quase que como um estímulo, dada a certeza da impunidade.

Em 24 de setembro de 2018, em meio a conclusão do presente trabalho, tudo o que aqui foi exposto até o presente momento foi chancelado pelo Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, em exercício da presidência interina.

Toffoli sancionou o Projeto de Lei nº 5.452-A, de 2016, de iniciativa do Senado Federal, que acrescenta o art. 218-C ao Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de cena de estupro.

Em seu voto, o relator do projeto defendeu a necessidade de mudança de comportamentos e atitudes entre nós, e que o legislador deve desempenhar seu papel, agindo de modo implementar medidas legislativas capazes de reduzir os altíssimos índices de violência



contra mulheres e meninas que tanto entristece e diminui o Brasil.

Assim, após alguns substitutivos, o Projeto de Lei nº 5452-A se transformou na Lei nº 13718/18 e trouxe à redação do art. 218-C, a pena de reclusão de 1 a 5 anos, a conduta de oferecer, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual cena de sexo sem o consentimento da vítima, prevendo, ainda aumento de pena para os casos em que a o agente tem ou teve relação íntima de afeto com a vítima com o fim de vingança ou humilhação.

Tal inovação legislativa é a resposta tão esperada aos clamores da sociedade, tendo o Estado cumprido o seu dever.

Agora, contando com uma lei justa e coerente não há de haver mais espaço para conduta tão maliciosa. E onde houver, haverá uma pena coerente à espera do infrator.

Assim, hoje, a lacuna na legislação encontra-se finalmente preenchida, o que reflete o mais vigoroso argumento de autenticação do que aqui fora afirmado.

Não obstante, é necessário destacar a importância da cooperação dos destinatários das imagens íntimas. É bem verdade que se cada um soubesse estar contribuindo para um mal, às vezes irreversível, causado à vítima pelo simples apertar do botão “compartilhar”, não o fariam

Sem o compartilhamento não há humilhação, e por consequência, se impedir o alastramento dos danos. Por isso a importância de levar informação à todos, através de políticas públicas conscientizadoras. As pessoas precisam entender que é vergonhoso compartilhar algo que não lhes pertence e adentrar brutalmente a esfera íntima de alguém, além de serem igualmente responsáveis pelas consequências do crime.

A lei procura prevenir, mas é somente com a abstenção dos destinatários – que se dará onde houver informação – que será possível por fim aos casos de pornografia de vingança.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 2: parte especial* : dos crimes contra a pessoa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUZZI, Vitória Macedo. *Pornografia de vingança: Contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133841/TCC%20Vit%C3%B3ria%20Buzzi%20Versao%20Repositorio.pdf?sequence=1> Acesso em 4 de out. 2018

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 de out. 2018

_____. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 4 de out. 2018

_____. Lei nº 11.340 de 07 de agosto 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em 19 set. 2018

_____. *Lei n.º 12.735* de 30 de novembro de 2012, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm>. Acesso em: 4 de out. 2018

_____. *Lei nº 13718/18* de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm> Acesso em 24 de set. de 2018.

_____. Projeto de lei nº 6630/2013. Autor Romário. 23/10/2013. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=598038&ord=>>> Acesso em 15 nov. 2016.

_____. Projeto de lei nº 6713/2013. Autor Eliene Lima. 06/11/2013. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=599910>> Acesso em 15 nov. 2016.

_____. Projeto de lei nº 7377/2014. Autor Fábio Trad. 07/04/2014. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611608>> Acesso em 15 nov. 2016

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, V3: legislação penal especial*: 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 139.

CAVALCANTE, Vivianne Pereira Albuquerque. *Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia da vingança*. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/3118/1849>> Acesso em 4 de out. 2018.

CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. *Criminalizing revenge porn. The Wake Forest Law Review*, 2014. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2424&context=fac_pubs>. Acesso em: 05 mai. 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado: Parte Especial*. São Paulo: Saraiva 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. Rio de Janeiro: Impetus. 2009.



MELO JÚNIOR, Marcos Francisco Machado de. *Pornografia de Vingança e sua relação com a Lei Maria da Penha*. Jus Brasil, 2016. Disponível em <<https://marcosfmachadomelojr.jusbrasil.com.br/artigos/299368736/pornografia-devinganca-e-sua-relacao-com-a-lei-maria-da-penha>> Acesso em 4 out 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, V 2: parte especial 11. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013

MULTIPROPRIEDADE COMO INSTRUMENTO DO LAZER E TURISMO ADAPTABILIDADE DO INSTITUTO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Carolina Sant'Anna Amaral Pereira

Graduada pela faculdade de direito da
Universidade Cândido Mendes.

Resumo – Multipropriedade e *time sharing* são termos comumente usados, de forma equivocada, como sinônimos na doutrina e jurisprudência pátrias. Remetem, em realidade, a dois institutos diversos que veiculam a repartição da propriedade ou do direito de uso de bens imóveis pelo tempo, possuindo uma crescente utilização nos mercados imobiliários e turísticos mundo afora. No Brasil, o crescimento desses institutos se deu lentamente nas últimas décadas por diversos aspectos, como o desconhecimento da população e o recente aumento do poder aquisitivo da classe média, mas encontra no direito também um grande obstáculo consistente na ausência de previsão expressa e de regramento próprios. Esse trabalho pretende identificar os maiores problemas e desafios a serem superados para uma consolidação dos institutos jurídicos no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chaves: Direito Civil. Direitos Reais. Propriedade. Multipropriedade. *Time sharing*.

Sumário: Introdução. 1. Breve histórico e contornos gerais do instituto aplicados ao ramo do lazer e turismo 2. A internalização do instituto no Brasil 3. Desafios para a consolidação no ordenamento jurídico e mercados imobiliário e turístico brasileiros. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a explorar o instituto da multipropriedade, cuja discussão no direito brasileiro passou a se intensificar recentemente, sob o aspecto de sua utilidade e aplicabilidade como instrumento à disposição da população de classe média que viabiliza a exploração de imóveis para lazer e turismo. A análise enfoca também na temática da adaptabilidade do instituto da multipropriedade no ordenamento jurídico civil brasileiro, assunto ainda não muito trabalhado ou pacificado na doutrina e jurisprudência pátrias.

A multipropriedade, surgida na década de 60 e inicialmente muito explorada por países estrangeiros, tais como Itália e Estados Unidos, foi desenvolvida como uma medida que servisse para impulsionar o reaquecimento da economia no cenário pós-guerra. Possibilitou a entrada de investimentos internos e externos, por meio da soma de esforços de profissionais da área de turismo e do setor imobiliário, com o objetivo de promover a divisão da ocupação de imóveis destinados a esse fim não só no espaço, mas também no tempo.

No Brasil, seja por uma inicial resistência do mercado, por uma inadequação dessa modalidade de negócio e de propriedade às normas vigentes ou por um aumento vagaroso do poder aquisitivo da população em geral, a multipropriedade chegou com décadas de atraso.



Atualmente, porém, vem sendo crescentemente explorada, o que acabou por trazer novos questionamentos e litígios.

No primeiro capítulo desta obra, se procura dirimir a incompreensão do instituto da multipropriedade, a partir da análise de seus aspectos legais. Tratando-se de tema que é pouco abordado na literatura pátria, busca-se nessa etapa expor, ainda, a modalidade mais utilizada no tocante aos mercados de turismo e imobiliário, bem como a diferenciação entre termos como *time-sharing*, *fractional ownership* e multipropriedade.

No segundo capítulo são abordados os aspectos negociais, obrigacionais e reais dos contratos realizados entre pessoas físicas ou jurídicas sob essa perspectiva. A importância dessa análise se dá por conta da possibilidade de as vantagens e desvantagens para cada uma das partes, de acordo com seus interesses, representarem um potencial risco destrutivo ou um sucesso estimulante para a consolidação da multipropriedade no país, bem como uma análise da compatibilidade dos institutos ao ordenamento jurídico brasileiro no seu estado atual.

Por derradeiro, o terceiro capítulo visa a defender um tratamento da multipropriedade e de seus institutos correlatos em regramentos futuros e especializados no direito civil. Busca-se, assim, tanto a proteção de sua viabilidade e integridade, como dos direitos dos seus titulares, seja em relações paritárias ou de consumo, já que se tem percebido numerosas demandas no judiciário fundadas em conflitos que envolvem esses novos tipos de negócios.

A pesquisa segue a metodologia do tipo bibliográfica, histórica, comparada, descritiva, explicativa e qualitativa. Além da bibliografia de doutrina pátria, ainda escassa, porém com colaborações muito importantes para o tema. A análise da jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema também é de grande relevância.

1. A COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA MULTIPROPRIEDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM SEU ESTADO ATUAL

Uma discussão vem embalando o mercado do turismo nas últimas décadas, sobre trazer ao Brasil e nele efetivar algumas das originais formas de compartilhamento de unidades imobiliárias voltadas ao lazer e às férias. No meio acadêmico e jurídico tem sido cada vez mais frequente a utilização do termo Multipropriedade como aquele que engloba de maneira geral a forma desses sistemas de compartilhamento.

Frequentemente, é possível observar também a utilização da Multipropriedade como tradução ou sinônimo do termo norte-americano *time-sharing*. Por outro lado, pouco se ouve



falar na *fractional ownership*, outro termo advindo dos Estados Unidos da América, que muito mais se coaduna ao sentido dado àquela outra expressão a ela conterrânea.

O que grande parte dos juristas, público em geral e até mesmo pessoas ligadas a esses específicos mercados não sabem é que a aparente semelhança entre tais termos, na verdade, advém de uma verdadeira confusão, que com esse trabalho se pretende sanar.

A Multipropriedade, nas palavras do maior autor sobre o tema no Brasil, Gustavo Tepedino¹, é “[...]a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo a permitir que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua.” Essa, no entanto, é a definição da multipropriedade em seu aspecto genérico.

Conforme o próprio nome já indica, em seu aspecto mais técnico, a multipropriedade possui íntima conexão com a utilização e poder de disposição da fração espaço-temporal equivalente ao bem. Diferentemente do que se pensa, equivale com muito mais rigor ao termo *fractional ownership*, e não ao popular *time-sharing*.

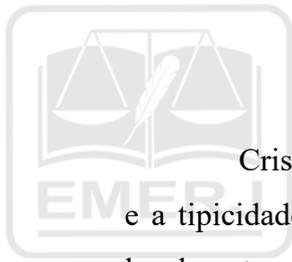
Durante muito tempo houve intensos debates doutrinários e jurisprudenciais sobre a sua natureza jurídica, culminando em recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A doutrina, na sua maior parte sequer adentrando ao tema com profundidade, sempre afirmou pairar uma dúvida no ar sobre em qual categoria de direitos a multipropriedade se encaixava, como elemento alienígena que é, já que foi importado de outros países. Orlando Gomes defendia que seria a multipropriedade “verdadeiro direito real atípico e, portanto, uma espécie que não pode existir em face do princípio do *numerus clausus* dos direitos reais”². Embora se admitisse que o instituto possuía contornos delimitados pelas características do direito das coisas, a dúvida se instaurou lastreada por outra divergência enraizada nas obras de direito civil, a da taxatividade do rol de direitos reais constante do art. 1225 do atual diploma civil.³

¹ TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 01.

² Id. *Aspectos atuais da multipropriedade imobiliária*. In AZEVEDO, Fabio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Imobiliário-escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015, p.514.

³ Durante a vigência do Código Civil de 1916 a discussão já existia, mas a taxatividade não se referia a um único artigo, já que nesse período os direitos reais que hoje encontram-se reunidos no mencionado dispositivo eram espalhados pela legislação cível e especial.



Cristiano Chaves e Nelson Rosenwald⁴, já defendiam a distinção entre a taxatividade e a tipicidade, não devendo esta engessar o conteúdo relativo a cada um dos direitos reais legalmente reconhecidos. Segundo os autores:

Nada impede que o princípio da autonomia privada possa, para além do âmbito definido para cada direito real, intervir para flexibilizar o sistema e provocar a afirmação de diferentes modelos jurídicos com base nos espaços consentidos em lei, em face das exigências práticas do tráfego negocial. (...) Como exemplo podemos citar a multipropriedade – tanto resultante da fusão da propriedade individual e coletiva nas convenções de condomínio, como aquela tratada na propriedade de *shopping center* de flat ou *time sharing*.

A Terceira Turma do egrégio Tribunal, de acordo com o voto vencedor, entendeu que a o instituto da multipropriedade possui natureza de direito real, em consonância com o que já defendiam os grandes nomes do direito civil. Reconheceram os julgadores que, embora muito se assemelhe a um direito obrigacional, a multipropriedade “detém as faculdades de uso, gozo e disposição sobre fração ideal do bem, ainda que objeto de compartilhamento pelos multiproprietários de espaço e turnos fixos de tempo”⁵.

Por sua vez, o *time-sharing* é “instrumento de que se utiliza o ramo hoteleiro, em que proprietários ou possuidores de edifícios cedem o direito de uso de determinadas unidades a outrem em caráter temporário, a ser regado no instrumento de cessão, não cabendo ao cessionário quaisquer obrigações ou deveres atinentes a condição de proprietário do bem imóvel”⁶.

Essa modalidade, que pode ser traduzida como Sistema de Tempo Compartilhado em Meios de Hospedagem – termo utilizado no regulamento próprio – foi pioneira em comparação à outra na sua normatização em território nacional, sendo regida pela Deliberação Normativa 378 de 1997 da Embratur. Tal regramento utiliza em seu texto termos essenciais para a caracterização do instituto do *time sharing*, como verdadeiro negócio jurídico que é, sendo esse caráter obrigacional expressamente reconhecido por se tratar de modalidade de contrato em que se cede o direito de direito de ocupação de suas unidades habitacionais, por períodos determinados, no mínimo de cinco anos⁷.

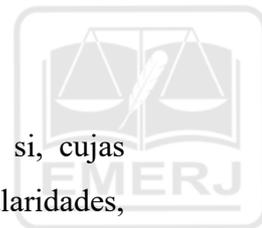
⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: 2009, p. 18.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP n° 1546165*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ca&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=%20REsp%201546165>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁶ SANTOS, Lourdes Helena Rocha. *O Fractional no Direito Brasileiro*. Disponível em http://ssa.com.br/fractional-legislacao-aplicavel/#_ftn1. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁷ BRASIL. *Deliberação Normativa n° 378*, de 12 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.embratur.gov.br/legislacao>. Acesso em: 17 abr. 2018.



É evidente, portanto, que se tratam de dois institutos divergentes entre si, cujas topografias dentro do estudo de direito civil são diversas, cada uma com suas particularidades, apesar de estarem reunidas por um liame denotado no compartilhamento no tempo de certas faculdades ligadas a uma unidade imobiliária-hoteleira. Por isso merecem um tratamento legislativo separado.

Nesse sentido, o já mencionado acórdão do STJ tem importante missão de significar um primeiro ensaio sobre os aspectos reais da outra modalidade de compartilhamento no tempo, da propriedade fracionada no tempo. Muito embora não haja até o momento da publicação deste artigo uma norma que preveja expressamente e regulamente a multipropriedade, já tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de lei, a exemplo do Projeto de Lei nº 7553/2017, de autoria da Deputada Federal Laura Carneiro⁸, para alterar o Código Civil incluindo em seu corpo esse novo direito real, o que poderá resolver a polêmica da taxatividade.

Não obstante a existência dessa iniciativa legislativa, da leitura de seu teor se extrai que apenas esse problema será resolvido, mas que o ordenamento cível brasileiro continuará a carecer de uma maior previsão sobre os aspectos dessa multipropriedade, o que deve levar à aplicação, ao menos temporária, dos regramentos a ela correlatos, como os da propriedade e do condomínio, o que pode acabar por prolongar a já existente confusão. Nesse ponto, há outros projetos de lei que buscam trazer maior detalhamento ao instituto, conforme se verá mais adiante.

Ainda que se continue atribuindo ao termo multipropriedade um caráter leigo e genérico, referindo-se tanto à propriedade quanto ao direito de uso fracionados no tempo, já que essa tendência é percebida nos mais diversos meios de comunicação, é válido um apelo a todos os profissionais envolvidos com esses direitos e negócios jurídicos, de modo que busquem ao menos ter em mente todas as suas particularidades.

A crescente existência prática de contratos que versem sobre o compartilhamento dessas unidades no tempo, seja a título de uso ou de domínio, porém, faz ser essencial o esclarecimento sobre o tema a fim de proporcionar maior segurança jurídica às decisões, obras e instrumentos negociais.

⁸Id. *Projeto de lei nº 7553/17*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2133010>>. Acesso em: 18 abr. 18.



2. DOS CONFLITOS GERADOS PELA PECULIARIDADES DOS INSTITUTOS DE *TIME SHARING* E MULTIPROPRIEDADE

Conforme já citado, apesar de existirem outras modalidades de compartilhamento no tempo - expressão mais adequada para a denominação do gênero - tais como a multipropriedade societária, a multipropriedade locatícia e a multipropriedade de bens moveis, é certo que as mais difundidas são o *time-sharing*, que carece de uma tradução mais precisa na língua portuguesa a multipropriedade hoteleira, frequente e equivocadamente associada ao termo estrangeiro anterior, e a multipropriedade imobiliária ou *fractional ownership*.⁹ Enquanto a primeira pressupõe um direito de utilização rotativo, baseado em um contrato que costuma envolver um sistema de troca de pontos por hospedagens, sob a modalidade fixa ou flutuante de tempo, os últimos envolvem uma copropriedade, por meio da compra de cotas ideais de um imóvel com divisão no tempo estabelecida na escritura pública.

Identifica-se, portanto, a exigência de dois regramentos jurídicos que possuam contornos diversos, adaptados ao tipo de direito que querem tutelar. No *time sharing* há uma relação obrigacional entre o adquirente de um direito de uso e uma entidade proprietária e gestora do empreendimento hoteleiro, configurando uma relação de consumo em que fica constatada a hipossuficiência do adquirente, já que os poderes se concentram nas mãos da sociedade que exerce o referido papel, merecendo regulação pelo Código do Consumidor para se evitar a ocorrência de práticas abusivas¹⁰. Já na multipropriedade imobiliária, pode-se identificar uma relação muito mais parecida com a de um condomínio, já que os interessados adquirem a propriedade de parcela temporal de determinado bem, que geralmente se dá entre 13 e 52 pessoas (a depender da divisão em semanas ou meses).

Sobre o *time sharing*, dado que o consumidor é dotado de sólida proteção no Brasil pelo fato de o país possuir uma das legislações mais reconhecidas mundialmente sobre o tema¹¹, a jurisdição sobre os conflitos que dela emergem não apresenta maiores dificuldades ou divergências. O direito obrigacional admite uma maior flexibilidade na aceitação e interpretação das mais diversas formas contratuais. Ademais, pode haver ainda regramentos internacionais sobre o tema, visando à proteção do consumidor quanto às disposições

⁹TEPEDINO, op. cit., 2015, p.514.

¹⁰NICODEMOS, Erika. *As práticas abusivas contra o consumidor e os contratos de time sharing turístico*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/25560/as-praticas-abusivas-contra-o-consumidor-e-os-contratos-de-time-sharing-turistico/3>>. Acesso em 06 set. 2018.

¹¹No tocante a esse tipo de contrato, as demandas que chegam ao judiciário não costumam envolver assuntos muito diversos dos já recorrentes em diversas áreas, tais como os relativos ao direito de informação e a práticas abusivas utilizadas nas estratégias de marketing.



contratuais que muitas vezes são regidas por Estados diversos do seu, tal como a Diretiva 95/47 da União Europeia.¹² Ressalte-se, ainda, a existência de uma mínima normatividade sobre o tema no Brasil, embora embrionária e sem força de lei, pela já citada Deliberação Normativa n° 378/ 97 da Embratur¹³. No entanto, a referida deliberação não reflete as reais características e realidade do instituto, já que reconhece mero direito de ocupação limitado por período de 5 anos.

Já no que tange à multipropriedade imobiliária, é preciso dedicar maior atenção às questões conflituosas surgidas nas últimas décadas para se buscar a melhor forma de regulamentá-la, diante da lacuna legal que persiste até os dias de hoje.

Para a configuração de um direito de multipropriedade deve haver por parte do interessado a compra de uma fração ideal do bem, por meio de uma escritura pública e registro no cartório de registro de imóveis. A escritura deve prever expressamente o período de exclusividade correspondente ao comprador, de modo que possa defender-se de outros coproprietários que eventualmente possam querer invadir a sua parcela temporal. Para cada conjunto de multipropriedade é elaborada uma convenção condominial, que deve prever entre outras questões, uma rotatividade entre os coproprietários. Aproximando-se em parte do que acabou decidindo o STJ sobre a natureza jurídica do instituto, há uma relação de direito real estabelecida entre o condômino e condomínio, e uma relação obrigacional entre condôminos e condôminos e gestores do ramo hoteleiro, esta última no caso da multipropriedade hoteleira.

Há algumas significativas vantagens advindas dessa forma. O multiproprietário acaba por ter maior adesão às obrigações assumidas, especialmente no tocante ao adimplemento das despesas de manutenção, já que se trata de coisa sua. Ademais, ele pode dispor livremente sobre sua cota, vendendo, alugando, cedendo em comodato e até mesmo realizando operações de troca internamente em relação a outros condôminos,¹⁴ além de poder trocar em cadeias de intercâmbio internacional e, por fim, transmitir em sucessão e gravar com ônus reais.

Nos condomínios formados entre os multiproprietários de um bem a representação se dá, geralmente, por um síndico profissional, e ocorrem assembleias gerais para a deliberação de assuntos diversos, já que as decisões são tomadas pelos condôminos. Pode ser que cada unidade imobiliária possua um representante designado, embora não seja tão comum essa

¹²UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva n° 94/47*, de 26 de outubro de 1994. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31994L0047>>. Acesso em: 06 set. 2018.

¹³BRASIL, op.cit., 1997.

¹⁴Em empreendimentos de multipropriedade hoteleira caracterizados como Resorts, essa prática, em que na verdade o multiproprietário negocia a disponibilização do seu tempo correspondente a uma empresa que irá administrar a sua distribuição para outros coproprietários interessados é denominada “Pool”.



prática, já que em geral os coproprietários, que podem ser 52 pessoas, não possuem um relacionamento pessoal entre si, diferentemente do que costuma ocorrer no condomínio simples. De fato, essa falta de pessoalidade e a realidade fática de que os condôminos, em geral, por se tratar de imóveis de veraneio, não residem no local onde se encontra o bem, torna difícil a realização de assembleias presenciais, motivo pelo qual seria muito mais interessante a possibilidade de deliberações à distância, tais como por meio da internet.

Pelo exposto, fica mais que evidente a existência de uma relação condominial. Exatamente por isso, a doutrina mais recente e alinhada com a realidade dessas relações aparentemente estranhas ao nosso ordenamento jurídico vem defendendo a aplicação da Lei nº 4591/64¹⁵, que dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias, especialmente diante da previsão de seu art. 6º, buscando enquadrar a multipropriedade como forma especial de condomínio em que há a copropriedade de unidades autônomas [informação verbal] ¹⁶. Tal entendimento vem sendo abarcado pelos Tribunais em diversas decisões. Defendem esses doutrinadores que nesse condomínio especial, naquilo que a multipropriedade diferir do regramento do condomínio edilício comum, a própria convenção de condomínio deveria ser suficiente para regular as suas peculiaridades, já que os contornos práticos da multipropriedade se aproximam também de um direito obrigacional.

Esse entendimento parece ser o mais razoável, dada a ausência de disposições legais sobre a multipropriedade e a sua crescente prática no país, pois aponta para uma saída possível diante do crescente número de conflitos que se apresentam ao judiciário. Uma das questões mais recorrentes nas Cortes vem sendo a inadimplência das taxas condominiais. Diferentemente dos condomínios edilícios em que os proprietários costumam residir ou trabalhar no imóvel, ou, ao menos, na mesma localidade em que ele se encontra, no caso da multipropriedade com compartilhamento no tempo para utilização em férias, há um natural desestímulo à concorrência para o custeamento de despesas de manutenção do empreendimento pela distância física. Com isso, as administradoras desses empreendimentos de multipropriedade, em especial, a hoteleira, vêm se vendo constantemente levadas ao judiciário para haver os respectivos pagamentos, sob o argumento de enriquecimento ilícito daqueles inadimplentes.

¹⁵BRASIL, *Lei nº 4591*, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm>. Acesso em 04 set. 2018.

¹⁶CAMERA, Maya Garcia. *Multipropriedade imobiliária – conceitos básicos, negócios imobiliários e diferenciais*. In: Palestra Oab-SP. 20117, São Paulo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sNHYP0IYad0&t=84s>>. Acesso em: 04 set. 2018.



É também frequente a mesma discussão acrescida ainda da dimensão sucessória da concorrência das despesas e a responsabilidade dos herdeiros, que frequentemente ignoram a natureza real do título de propriedade da fração ideal quando não se utilizam do imóvel, deixam de honrar com as parcelas da obrigação adquiridas em vida pelo *de cuius*.

Diante das peculiaridades apresentadas, urge demandar-se pelo desenvolvimento de um regramento que confira tratamento específico e atencioso para os institutos aqui tratados, com base na experiência que vem se formando ao longo de décadas de lacuna legal.

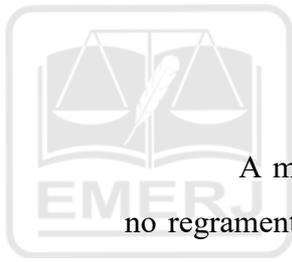
3. OS DESAFIOS ATINENTES AO NECESSÁRIO REGRAMENTO JURÍDICO DA MULTIPROPRIEDADE

O atual cenário jurídico que permeia o assunto da multipropriedade e do *time sharing* no Brasil é claramente lacunoso, o que dá ensejo a inúmeras dificuldades que se apresentam entre as partes envolvidas e culminam na existência de ações no judiciário. Uma das maneiras encontradas pelos profissionais que têm que lidar com esse tipo de relação jurídica, sejam advogados militantes na área ou magistrados e árbitros, é a de buscar dar tratamento de institutos que apresentam características similares no nosso ordenamento jurídico. No entanto, as diferenças substanciais entre esses institutos e os tratados no presente artigo científico são muito marcantes.

Conforme já visto, a multipropriedade pode se manifestar de maneiras diferentes. Conforme a classificação de Tepedino¹⁷, a exemplo da multipropriedade imobiliária, um grupo de amigos de longa data pode adquirir uma casa de praia e dividi-la em partes ideais com base no tempo, se aproximando muito do condomínio geral previsto nos artigos 1314 e seguintes do Código Civil¹⁸. Essa hipótese, até mesmo por uma questão cultural, ainda não é tão comum no Brasil. Por sua vez, no caso da multipropriedade hoteleira, empresas desse ramo podem realizar empreendimento imobiliário e vender cada uma das unidades a 52 pessoas diversas segundo esse mesmo critério de divisão no tempo, nesse caso, muito mais se aproximando de uma relação contratual na sua fase inicial, e posteriormente, também de uma relação de condomínio edilício, mas com a peculiar persistência de um resíduo contratual entre os adquirentes e a administradora.

¹⁷ TEPEDINO, op. cit., 2015, p. 514.

¹⁸ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.



A maior problemática que se apresenta é justamente que o nosso ordenamento, seja no regramento sobre o condomínio geral ou sobre o condomínio edilício, não possui regras compatíveis com a essência da multipropriedade que é o aspecto temporal.

Como exposto no capítulo anterior, um dos problemas mais recorrentes nos Tribunais envolvendo a multipropriedade é a inadimplência da taxa condominial. Um regramento adequado para a multipropriedade precisa satisfazer, portanto, a necessidade de fornecer parâmetros compatíveis com a realidade de que, em empreendimentos imobiliários em que se realiza a compra e venda de cotas ideais de 1/52 das unidades, os multiproprietários não firmaram relação entre si, sequer se conhecem e, por isso, seria incompatível a transferência do ônus decorrente do inadimplemento da taxa condominial de um dos coproprietários aos outros ou a formação de litisconsórcio passivo em ação de cobrança.

Da mesma forma, por não haver um liame subjetivo entre os coproprietários, é incompatível a aplicação do regramento sobre a renúncia atinente ao condomínio geral. O art. 1316 e parágrafos do Código Civil¹⁹ estabelece que o condômino pode se eximir do pagamento das despesas e dívidas, renunciando à parte ideal, será repassada aos demais condôminos. de forma que os demais condôminos poderão adquirir a respectiva parte renunciada. Ocorre que o sistema de compartilhamento no tempo adota frações moldadas em semanas do ano, não sendo viável a redistribuição daquela parte ideal pelos outros, já que isso não se encaixa na lógica matemática das frações temporais. Será necessário, desta forma, se estabelecer se renúncia sequer pode ser exercida no regime da multipropriedade, ou ao menos, de que forma deve se dar e quais são os seus efeitos, dentro de uma lógica em que a parte ideal renunciada constitui um bloco indivisível, transmissível ou a um dos outros coproprietários ou ao próprio administrador do empreendimento, podendo dele dispor novamente.

Possível verificar-se, portanto, a importância desempenhada pelo órgão gestor da multipropriedade, que irá não somente administrar o condomínio, exercendo verdadeiro papel de síndico, mas que também deverá atuar como centralizadora das relações estabelecidas entre ela e os multiproprietário, e até mesmo dos multiproprietário entre si. Não se pode olvidar que, especialmente na multipropriedade hoteleira, essa é uma atividade altamente profissional e lucrativa²⁰.

¹⁹ Id., op. cit., 2002.

²⁰ TERRA. *Multipropriedades crescem mais de 46% em um ano e devem atingir VGV de R\$ 15 bilhões*. Disponível em: < <https://www.terra.com.br/noticias/dino/multipropriedades-crescem-mais-de-46-em-um-ano-e-devem-atingir-vgv-de-r-15-bilhoes,1b1d69785e8b6aad6b5e2adbc98a14d43x7voza8.html>>. Acesso em: 21 out. 2018.



Essa característica de um aspecto empresarial constante nos empreendimentos de multipropriedade hoteleira é essencial para a existência do instituto. Mas além da função de gestora do condomínio de cada unidade repartida e do condomínio edilício formado por todo o conjunto dessas unidades, essas empresas atuam também segundo os seus próprios interesses a todo momento.

Uma peculiaridade existente na multipropriedade hoteleira, portanto, é oportunidade de que essas empresas possam se utilizar de unidades temporais obsoletas em benefício próprio, podendo aliená-las ou alugá-las, quando não pertencerem a mais ninguém (a exemplo do que poderia ocorrer com a parte ideal renunciada por um dos multiproprietários). Exemplo disso é a existência da chamada “semana 53”²¹.

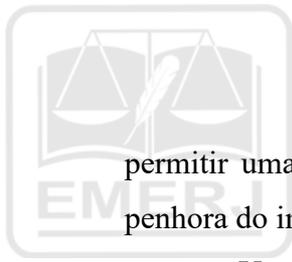
Muito importante será também a regulamentação da matéria atinente ao registro da multipropriedade imobiliária de forma especial. Grande parte das controvérsias envolvendo o instituto atualmente nascem das barreiras impostas pelos cartórios que, desamparados por um arcabouço legal e sem conhecimento profundo do assunto, bem como inseguros por fugir ao regramento existente dos direitos reais do direito registral, representam um grande obstáculo ao manejo prático ideal para a multipropriedade.

Ressalte-se, ainda, que muito embora a multipropriedade muito se aproxime das características dos direitos reais, tem uma parcela de conteúdo obrigacional muito importante. Dessa forma, de grande valia deve ser que um novo regramento reconheça maiores liberdades ao multiproprietário em relação ao que se vê em outros direitos reais, a exemplo do que pode ocorrer em relação à renúncia, conforme explicitado anteriormente. Por esse motivo, também, deve a nova lei atribuir grande importância às convenções condominiais, que merecem poder criar direitos e deveres próprios às peculiaridades dessa modalidade de propriedade conjunta.

Ao mesmo tempo, esse novo regramento deve trazer um tratamento rigoroso sobre a dimensão dos direitos reais que envolve, evitando que possam surgir no judiciário prováveis demandas envolvendo questões de posse, abandono e usucapião, buscando imprimir por meio do direito obrigacional a seriedade que a aquisição de uma fração de propriedade no tempo deve envolver²². O mesmo se diga em relação à sucessão da multipropriedade quando o seu adquirente deixar herdeiros. Ao mesmo tempo, o desafio se apresenta em, ao lado da seriedade demandada da legislação para a viabilidade e longevidade desse tipo de direito,

²¹ Semana 53 é um módulo temporal que surge a cada 6 anos por conta da sobra de dias no ano do calendário a partir da divisão em semanas.

²² CAMERA, op. cit..



permitir uma mitigação de certos ônus relativos ao bem imóvel, tal como impossibilitar a penhora do imóvel que atinja interesses de uma multiplicidade de titulares.

Um exemplo de legislação que esmiuçou a complexa problemática da multipropriedade e, pode servir de parâmetro para o legislador brasileiro é a espanhola. Lá, se reconhece que a multipropriedade é um direito real anômalo, cujo conteúdo é delimitado em grande parte pelas partes no momento da celebração do contrato, bem como a lei traz algumas diretrizes de proteção ao aderente, ao qual se reconhece em certos casos o caráter de um consumidor.²³ Nesse ponto, importante ressaltar que seria interessante que no Brasil, onde há o reconhecimento de uma especial proteção ao consumidor, seja tal caráter reconhecido aos multiproprietários hoteleiros, que lidam com gestores profissionais e podem se enquadrar na categoria de fornecedor segundo o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor²⁴, como verdadeiros prestadores de serviços.

Como se pode ver, muitos serão os desafios do legislador para instituir um novo regime jurídico que dê conta de sanar todas as questões, das quais nesse artigo só se enumeram algumas. Atualmente, há no Congresso Nacional alguns projetos de lei versando sobre a multipropriedade²⁵²⁶²⁷. Dentre eles, destaca-se o Projeto de nº Lei 54/17, que procura detalhar os mais diversos aspectos da multipropriedade, desde a necessidade e regramento sobre a guarnição do imóvel com equipamentos e mobiliário necessários a seu gozo e fruição, até questões mais complexas como as atinentes ao direito registral e legislação aplicável.

Muito embora mereça aplausos o esforço, já é possível perceber uma evidente insuficiência no tratamento da matéria em vista das expectativas que se criaram ao longo das últimas décadas a partir da identificação dos problemas e possíveis soluções que o mercado da multipropriedade turística demanda no país. Isso porque o legislador, talvez temendo uma incompreensão geral sobre essa temática pouco conhecida pela sociedade brasileira, foi tímido em fazer proposições importantes.

²³MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Multipropriedade imobiliária (time sharing)*. Disponível em: <https://marcelommmelo.com/2016/09/22/multipropriedade-imobiliaria-time-sharing/#_ftnref1>. Acesso em: 24 set. 2018.

²⁴BRASIL, *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

²⁵Id. *Projeto de lei nº 469/16*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127826>>. Acesso em: 24 set. 2018.

²⁶Id. *Projeto de lei nº 54/17*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128330>>. Acesso em: 24 set. 2018.

²⁷Id. *Projeto de lei nº 463/16*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166863>>. Acesso em: 24 set. 2018.

Não se olvide que a nova normativa deve também envolver regramento sobre o *time sharing*, bem como em ambas as modalidades devem prever um conteúdo de proteção ao consumidor, tendo em vista o caráter empresarial dos empreendimentos e as práticas abusivas que podem sobrevir tanto da captação de clientes – futuros usuários e proprietários – quanto da gestão desses empreendimentos hoteleiros e residenciais de férias.

CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo deste trabalho, o Brasil possui ao mesmo tempo uma tendência natural e um terreno jurídico muito infértil para o desenvolvimento do instituto da multipropriedade em seu ordenamento jurídico.

Aspectos históricos, econômicos e sociais demonstram que a população está cada dia mais aberta e sedenta por oportunidades de aquisição de propriedades ou direitos de uso ligados às férias e turismo, muito embora esse modelo de negócio não seja ainda muito conhecido ou difundido, justamente pela ainda pequena oferta. Essas pessoas podem ser atraídas pela ideia de menores custos e maior acessibilidade a um lazer antes disponível somente para quem pudesse ser proprietário de mais de um bem imóvel, o que foi possibilitado pela brilhante concepção da divisão da propriedade não apenas no espaço, mas também no tempo, atendendo ao ideal de função social da propriedade, já que permite que mais pessoas se utilizem de uma construção que, pertencendo a só um indivíduo, poderia ficar obsoleta por longos períodos de tempo.

O mercado do turismo possui um desejo latente de adentrar e se firmar no território brasileiro com esse tipo de negócio que vem dando excelentes retornos financeiros ao redor do mundo, já que além de uma possível larga demanda, o país possui uma extraordinária vocação turística. As belezas naturais, extensas áreas de interior e litoral e ricas paisagens tornam muito interessantes os investimentos numa variada gama de possíveis empreendimentos imobiliários, que podem gerar ainda muitos empregos e outros ganhos econômicos e sociais locais.

Na área do Direito, porém, por muitos anos se viu poucos esforços em tornar viável e fácil a disseminação de empreendimentos de multipropriedade e *time sharing*, seja em pequenas ou grandes proporções. A excessiva burocratização, especialmente na área registral, e falta de previsão expressa de normas aplicáveis especificamente a esses peculiares institutos acaba por impedir um maior comprometimento de investimentos por parte de grandes *players* do setor, e até mesmo uma maior adesão de eventuais proprietários e consumidores. A



insegurança jurídica é, sem dúvidas, um significativo empecilho que, somado a aspectos econômicos, como os altos custos de investimentos no país, aumentam consideravelmente o risco nesses empreendimentos, em especial os de *fractional ownership*, já que o *time sharing* possui alguma regulamentação, embora deficiente, e se rege também pelas normas consumeristas já consolidadas.

A pesquisa desenvolvida demonstrou que é mais que evidente a necessidade urgente da criação de um regramento próprio para a multipropriedade no direito brasileiro. Esse regramento deve ser construído a partir de um profundo conhecimento acerca, não apenas dos principais possíveis litígios entre as partes, mas também das práticas mercadológicas, nacionais e internacionais sobre o tema, exigindo alta especialização. Nesse sentido, já há um movimento nas casas legislativas que fazem crer que a questão ganhará essa regulamentação muito em breve, mas há ainda um longo caminho a ser percorrido pelos estudiosos do direito para aperfeiçoar esse regramento que já adentrará o ordenamento com algumas lacunas.

Como se pode ver, muitos serão os desafios do legislador para instituir um novo regime jurídico que dê conta de sanar todas as questões, das quais nesse artigo só se enumeram algumas. Talvez a maior delas seja, em última análise, a desvinculação de conceitos arraigados no estudo dos direitos reais, buscando-se flexibilizá-los em vista da concepção da versatilidade que se exige no vínculo entre uma pessoa e uma propriedade fracionada em uma ou mais semanas do ano. Mais do que as leis, para isso, a doutrina deverá se imiscuir na tarefa de ventilar e debater com maior profundidade e especialização a matéria da multipropriedade e do *time sharing*, diferentemente do que se tem visto, a começar pelo generalizada incompreensão do significado de tais palavras, com o intuito de amadurecê-las, o que afastaria o visível “medo do estranho”.

Essas mudanças, sem dúvidas, farão com que se desencadeie um movimento no mercado turístico e imobiliário, que terá reflexos positivos nas relações jurídicas geradas e na população em geral, especialmente tendo em vista ser uma forma de expressão contemporânea da tão almejada função social da propriedade, nos moldes das tendências globais mais recentes de compartilhamento.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, André. *Timeshare conquista a hotelaria no Brasil*. Revista Hotéis, 2014. Disponível em: <<http://www.revistahoteis.com.br/timeshare-conquista-a-hotelaria-no-brasil/>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/>

L10406.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Deliberação Normativa 378 de 12 de agosto de 1997*. Disponível em: <<http://www.embratur.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____, *Lei nº 4591, de 16 e dezembro de 1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm>. Acesso em 04 set. 2018.

_____. Superior Tribunal De Justiça, *REsp. nº 1546165*. Relator: Ministro Villas Bôas Cueva. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53164596&num_registro=201403082061&data=20160906&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 21 mar. 2018.

_____, *Projeto de lei nº 469/16*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127826>>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____, *Projeto de lei nº 54/17*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128330>>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____, *Projeto de lei nº 463/16*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166863>>. Acesso em: 24 set. 2018.

CAMERA, Maya Garcia. *Multipropriedade imobiliária – conceitos básicos, negócios imobiliários e diferenciados*. In: Palestra Oab-SP. 20117, São Paulo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sNHYP0IYad0&t=84s>>. Acesso em: 04 set. 2018.

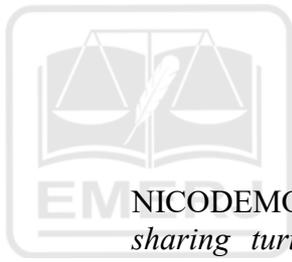
FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, Larissa Silva. “Timesharing” e “Fractional Ownership” no Brasil. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222654,21048-timesharing+e+Fractional+Ownership+no+Brasil>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Multipropriedade imobiliária (time sharing)*. Disponível em: <https://marcelommmelo.com/2016/09/22/multipropriedade-imobiliaria-time-sharing/#_ftnref1>. Acesso em: 24 set. 2018.

MENDONÇA, Fabio. Perspectivas e tendências para propriedade compartilhada 2018. *Revista turismo compartilhado*. Ago. 2017. Disponível em: <<http://revista.turismocompartilhado.com.br/2017/08/22/mercado-financeiro-mostra-sua-visao-sobre-negocios-de-timeshare-e-multipropriedade/>>. Acesso em: 09 out. 2018.

MENDONÇA, Fabio. Mercado financeiro mostra sua visão sobre negócios de timeshare e multipropriedade. *Revista turismo compartilhado*. Jan. 2018. Disponível em: <<http://revista.turismocompartilhado.com.br/2018/01/12/perspectivas-e-tendencias-para-propriedade-compartilhada-2018/>>. Acesso em: 09 out. 2018.



NICODEMOS, Erika. *As práticas abusivas contra o consumidor e os contratos de time sharing turístico*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/25560/as-praticas-abusivas-contra-o-consumidor-e-os-contratos-de-time-sharing-turistico/3>>. Acesso em 06 set. 2018.

SANTOS, Lourdes Helena Rocha. *O Fractional no Direito Brasileiro*. Disponível em <http://ssa.com.br/fractional-legislacao-aplicavel/#_ftn1>. Acesso em 17 abr. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. *Aspectos Atuais da Multipropriedade imobiliária*. In AZEVEDO, Fabio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Imobiliário-escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *A Disciplina Jurídica da Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TERRA. *Multipropriedades crescem mais de 46% em um ano e devem atingir VGV de R\$ 15 bilhões*. Disponível em: < <https://www.terra.com.br/noticias/dino/multipropriedades-crescem-mais-de-46-em-um-ano-e-devem-atingir-vgv-de-r-15-bilhoes,1b1d69785e8b6aad6b5e2adbc98a14d43x7voza8.html>>. Acesso em: 21 out. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 94/47*, de 26 de outubro de 1994. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31994L0047>>. Acesso em: 06 set. 2018.



OS DESAFIOS DA MAGISTRATURA QUE SE DIVIDE EM PRESTAR UM SERVIÇO EFICIENTE E ALCANÇAR AS METAS INSTITUCIONAIS

Carolina Vieira Victório

Graduada pelo Instituto Vianna Júnior.
Advogada.

Resumo – Inerente ao passar do tempo é o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais que são essenciais para reger a vida em sociedade. Com a previsão de novos direitos, o judiciário deve aprender a efetivá-los e a ponderá-los adequando à realidade, de forma que sejam respeitados sem que haja a imposição da predominância absoluta de algum deles. Dito isto, o direito à duração razoável do processo é um instrumento importante na reafirmação da confiança no judiciário e na renovação da justiça. Neste novo cenário, a figura do magistrado se mostra ainda mais destacada, posto que se desdobra entre a função de efetivo prestador de serviço e de zelador da permanência dos valores humanos entre os litigantes, que não podem se ver ou serem vistas somente como partes de um processo apenas.

Palavras - chave – Direito Constitucional. Direitos e garantias fundamentais. Poder Judiciário.

Sumário – Introdução. 1. As mudanças trazidas pela EC 45/04 e as metas de produção impostas aos magistrados. 2. O cenário de constante desrespeito aos direitos constitucionais dos jurisdicionados que recorrem ao judiciário. 3. Ponderação entre o exercício da magistratura e o atendimento devido às necessidades dos jurisdicionados. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar os direitos fundamentais, especificamente a duração razoável do processo e a celeridade, acrescidos pela EC 45/04 em relação à realidade vivida no judiciário, bem como no que diz respeito ao duplo papel desempenhado pelo juiz, qual seja, de servidor público produtivo e de pacificador de demandas. Assim, busca-se ponderar e questionar o custo que um processo célere possui frente ao resultado eficiente que se espera.

Portanto, será preciso compreender o papel do CNJ, outra inovação da EC 45/04, dentro dessa dinâmica apresentada no judiciário brasileiro, uma vez que um de seus deveres é estabelecer as metas de produtividade que os juízes deverão alcançar para que possam evoluir dentro da carreira.

Como é sabido, a EC 45/04 foi um marco relevante para os rumos do judiciário, conforme exposto anteriormente, podendo ser extraído que a duração razoável do processo é o tempo necessário para a solução devida da demanda (com a análise e instrução das questões), enquanto a celeridade tem por objetivo evitar as diligências protelatórias e inúteis. Assim, o



papel do CNJ é trazer efetividade a estes direitos, criando parâmetros de prestação jurisdicional em todo país e trazendo transparência ao judiciário.

Contudo, esta alteração não trouxe uma reforma na estrutura do judiciário no intuito de atender às novas exigências, de forma que os direitos foram ampliados, o controle na prestação da jurisdição efetivado, mas o meio de obtenção do êxito não foi criado. Com isso, tal quadro retratado vem culminando em poucos avanços ou avanços tortuosos quanto à melhoria no atendimento ao jurisdicionado, obstaculizada por outros direitos constitucionalmente previstos ou nas limitações técnicas que este poder possui.

Dessa forma, a compreensão do tema envolve as consequências dos aspectos supracitados de tal emenda constitucional; a ponderação / compatibilização entre um processo célere e um processo que alcance a justiça e a paz entre as partes; e a razoabilidade das metas impostas aos magistrados e a prestação do serviço de modo eficiente, equilibrando os direitos e deveres de todos os lados da relação processual.

Inicia-se, o primeiro capítulo abordando o impacto da EC 45/04, seus efeitos para os jurisdicionados e para os magistrados, bem como os critérios de produtividade que vem sendo utilizados.

Em sequência, o segundo capítulo retrata a recorrente existência de demandas que acabam sendo extintas, respeitando a duração razoável do processo e a celeridade, mas ferindo outros direitos constitucionais. De modo que a obediência a estes preceitos constitucionais se torna onerosa e desvantajosa para a devida solução do mérito, que não se restringe só ao fim da demanda, mas a justiça entre as partes.

Finalizando, o terceiro capítulo apresenta a ponderação entre a figura do magistrado, servidor público, que tem que apresentar resultados, em relação à figura do juiz imparcial que busca solucionar os litígios, satisfazendo a vontade das partes de encerrar a controvérsia da melhor forma juridicamente possível.

Para a construção deste artigo, quanto ao objetivo e ao procedimento, será elaborado de modo explicativo, por meio de bibliografia. De modo que as respostas trazidas às questões suscitadas serão baseadas em livros, artigos publicados e jurisprudência.



Por fim, será utilizada uma abordagem qualitativa, cujo enfoque é entender as questões controvertidas dentro do tema apresentado e compreender como vem ocorrendo e como podem ser solucionadas.

1. O IMPACTO DA EC Nº 45/04, SEUS EFEITOS PARA OS JURISDICIONADOS E PARA OS MAGISTRADOS, BEM COMO OS CRITÉRIOS DE PRODUTIVIDADE QUE VEM SENDO UTILIZADOS

Inicialmente, antes de adentrar nas minúcias do presente capítulo, é plausível ressaltar que antes da Emenda Constitucional nº 45/04, o Código de Processo Civil de 1973 trazia, de forma tímida, um possível esboço acerca da duração razoável do processo ao prever em alguns de seus artigos que as diligências inúteis ou desnecessárias não deveriam ser requeridas pelas partes, e caso fossem, deveriam ser indeferidas pelo juiz. Ademais, incumbia ao juiz o dever de velar pela rápida solução do processo.

Com a Emenda Constitucional nº 45/04, promulgada no dia em 08 de dezembro de 2004, a inclusão do inciso LXXVIII no rol de incisos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹, dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, elevou a um caráter constitucional um dever das partes processuais que, por inúmeras vezes, não era observado.

A partir de tal inovação, seus efeitos começaram a repercutir e nomes renomados como, Alexandre Câmara², trataram do tema discorrendo, em síntese, pela imprescindibilidade de a duração razoável do processo, prevista na Constituição Federal de 1988, estar em sintonia com o objetivo traçado no Código de Processo Civil de 2015. De modo que deveria ser realizada uma visão panorâmica de tal garantia, no intuito de alcançar a duração razoável do processo como um todo, assegurada a realização das diligências devidas / necessárias ao deslinde da demanda. Aponta ainda que a celeridade não deva ser encarada isoladamente, devendo seguir junto com a eficiência para que o processo alcance o fim a que se originou.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 8.



Segundo Pedro Lenza³ em citação a outro estudo seu acerca do tema, ressaltando a importância do respeito à duração razoável do processo como aliada para a boa prestação da atividade jurisdicional:

em algumas situações, contudo, a demora, causada pela duração do processo e sistemática dos procedimentos, pode gerar total inutilidade ou ineficácia do provimento requerido. Conforme constatou Bedaque, “o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinária e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado”.

Do ponto de vista do jurisdicionado, a inclusão trazida por tal Emenda Constitucional foi um avanço relevante na garantia dos direitos pleiteados judicialmente, uma vez que a busca pela solução célere que passou a ter caráter de regra constitucional e com isso, passou a ser um ponto relevante no processo. Como é sabido, não são raros os casos em que as demandas judiciais se arrastam pelo judiciário por inúmeros e longos anos, de modo que quando chegam ao fim, à parte contemplada com a decisão já faleceu ou já perdeu as esperanças em ver resguardado seu direito.

Ainda da visão do jurisdicionado, pode-se acrescentar que tais garantias influenciam na confiança quanto à efetividade de buscar a solução de litígios no judiciário, sabendo que um dos escopos do serviço prestado é chegar à melhor solução possível no menor tempo, ou seja, no tempo realmente necessário para a demanda.

Quanto a esta inovação, no ponto de vista do magistrado, a princípio e em tese, não haveria tantas mudanças, tendo em vista que mesmo antes da previsão constitucional, tais garantias já eram trazidas como um dos deveres dos magistrados. De modo, que a Emenda Constitucional nº 45/04 apenas ressaltou a importância de sua observância para o bom funcionamento do poder jurisdicional.

A grande alteração na rotina dos magistrados veio com a criação do CNJ, que influenciou diretamente em suas vidas, pois a partir deste momento estava sendo criado um órgão responsável pela organização administrativa e financeira do poder judiciário, além fiscalização da prestação do serviço jurisdicional, cobrando de forma prática o que estava

³ BEDAQUE apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1216.



previsto abstratamente, nesse sentido encontra-se o artigo 103-B, §4º da Constituição Federal de 1988.

A atuação do órgão supracitado busca a aplicação de metas para obtenção de resultados práticos e a adequação do serviço jurisdicional prestado considerando as necessidades do que é apresentado, funcionando como uma aproximação do indivíduo ao poder judiciário. Assim, as metas variam desde a verificação da produtividade (ex: julgar mais processos que os distribuídos em determinado lapso temporal) até a utilização total do processo eletrônico em todas as comarcas do país (ex: capacitação dos magistrados e demais servidores quanto à utilização do sistema do processo eletrônico).

É válido citar, para visualização das funções exercidas pelo CNJ, a própria descrição das metas impostas em 2016, publicadas em seu relatório⁴:

em 2016, as metas contemplavam: (i) a produtividade; (ii) a celeridade na prestação jurisdicional; (iii) o aumento dos casos solucionados por conciliação; (iv) a priorização no julgamento das causas relacionadas à improbidade administrativa e aos crimes contra a Administração Pública; (v) o impulso aos processos na fase de cumprimento de sentença e execução não fiscal e de execução fiscal; (vi) as ações coletivas; (vii) o julgamento de processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos; e (viii) a justiça restaurativa.

Como se percebe, desde a criação do CNJ, as atividades dos magistrados passaram a ser fiscalizadas efetivamente. Se por um lado aumentou a confiança no judiciário e nos servidores públicos, colocando-os como prestadores de serviços à comunidade, com deveres e direitos como quaisquer outros. Por outro lado, o magistrado se viu “coagido” a cumprir a meta, para a evolução na carreira e o reconhecimento positivo de seu trabalho.

A grande questão que vem sendo suscitada diz respeito ao custo da efetivação de todas essas novidades para o jurisdicionado, o maior interessado no bom desempenho das funções jurisdicionais e como ficam os demais direitos e garantias constitucionais diante da busca pela duração razoável do processo. Certo é que o poder judiciário como qualquer outro, deve estar atento as nuances da sociedade da qual faz parte, sempre se colocando no papel de prestador de serviço e não em um patamar inalcançável.

Ademais, os novos direitos inseridos na Constituição Federal de 1988 e aqui retratados devem ser interpretados como todos os demais, a partir da ponderação no caso concreto, resguardando ao máximo o respeito a todos, mas priorizando a solução adequada ao caso e

⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/64acb190bee63682ea4b7f7805f5acce.pdf>>. Acesso em: 17. abril. 2018.



prevalência de uns frente aos demais. Dessa forma, a única ponderação que resta afastada é aquela que sobrepõe o interesse pessoal do magistrado diante da prestação eficaz do seu serviço.

2. A INCLUSÃO DA CELERIDADE E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO CENÁRIO JURISDICIONAL, AS INCERTEZAS TRAZIDAS E AS MUDANÇAS OCORRIDAS NA SEARA PROCESSUAL DIANTE DESTE NOVO PANORAMA

A aplicação na prática do princípio da duração razoável do processo e do princípio da celeridade causou certo desconforto jurídico, tendo em vista o desconhecimento quanto aos seus efeitos e quanto ao real benefício que traria para o cotidiano forense. A princípio, a notícia que chega ao jurisdicionado é aquela de que o processo acabaria mais rápido e não de que a aplicação destes princípios seria um meio de buscar com que a demanda dure extremamente o necessário, mesmo que este ainda seja um tempo aquém daquele idealizado.

Uma questão apontada como intrigante foi a consistência da segurança jurídica diante dessas novas diretrizes, uma vez que o processo longo e pormenorizado dava a ideia de que todos os possíveis desdobramentos eram analisados profundamente nos autos e que o fim realmente resolvia o objeto da demanda apresentada ao judiciário. Assim, um processo mais rápido, que abordasse diretamente o problema, poderia deixar de analisar questões periféricas que poderiam voltar a serem trazidas ao judiciário.

Ademais, o fato de ter ganhado força a possibilidade de decisão do juiz em afastar as diligências consideradas desnecessárias ou protelatórias, poderia colocar os magistrados em situação de poder hierárquico, deferindo ou indeferindo com base no seu julgamento pessoal do que seria necessário para a demanda, às vezes sem realmente averiguar a necessidade. Sem contar, a instabilidade que traria ao jurisdicionado, que seria impossibilitado de comprovar suas alegações pela simples ideia de o juiz achar desnecessária aquela prova, que para a parte seria extremamente essencial.

Nesse panorama, aparecem as inúmeras demandas que chegam aos tribunais⁵ alegando a ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que o jurisdicionado, com interesse na solução da demanda, quer produzir o maior número de provas possíveis. De certo que, em muitos casos, tais pessoas, que são leigas, não são esclarecidas quanto ao cabimento ou não

⁵BRASIL. Pesquisa de jurisprudência de variados tribunais. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=cerceamento+de+defesa+por+indeferimento+de+prova&l=365dias>>. Acesso 22 jul. 2018.



do que se pretende, bem como, não são informadas, que as provas produzidas são dirigidas ao juiz, que uma vez convencido, não vê necessidade na produção de outra prova que lhe traga a mesma ideia.

Neste sentido, encontra-se o esclarecimento feito por Francisco Fernandes de Araújo⁶, acerca da correta observação dos prazos, evitando as etapas mortas do processo, *verbis*:

dilações indevidas, aqui, devem ser entendidas como "atrasos ou delongas que se produzem no processo por não observância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual do outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários.

No tocante ao deslinde da demanda de forma satisfatória, o Código de Processo Civil de 2015⁷ trouxe importantes instrumentos que visam à solução consensual do processo, de modo que as partes possam se entender e resolver o conflito antes mesmo de iniciada a fase instrutória. Tais institutos que viabilizam esta tendência processual, como a conciliação e a mediação, são aliados aos princípios da duração razoável do processo e da celeridade, bem como na busca pela efetiva prestação jurisdicional.

Ademais, os próprios institutos denominados “negócio jurídico processual e calendarização processual”, previstos nos artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil⁸, pelos quais as partes possuem maior influência na organização dos atos processuais vêm concretizar o processamento satisfatório e célere, uma vez que por meio deles poderão as partes fixar previamente e dentro das possibilidades judiciais, datas para a execução de determinados atos que se adéquam à necessidade da demanda.

Dessa forma, os institutos trazidos pelo Código de Processo Civil, além dos benefícios apontados acima, ainda diminuem a quantidade de recursos interpostos e a insatisfação das partes com a solução alcançada, uma vez que elas próprias constroem a solução da demanda e enxergam a necessidade do lapso temporal daquele processo específico que as envolve.

⁶ ARAUJO apud HARTMANN, Denise. *Comentários ao princípio constitucional do prazo razoável do processo*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8152/comentarios-ao-principio-constitucional-do-prazo-razoavel-do-processo>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

⁸ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04 set. 2018



Nessa busca pela duração razoável do processo, outra mudança importante vem ocorrendo no judiciário para ampliar e modificar a visão daqueles que participam da relação processual, é a efetivação do princípio da cooperação, também trazido pelo Código Processual Civil de 2015, de modo a desmistificar os papéis de inimizade entre as partes e colocá-las em situação de paridade, sendo de importante função o esclarecimento de que a melhor solução surgirá da cooperação mútua entre elas.

Para elucidar a amplitude e a relevância da cooperação, o professor Daniel Amorim Assumpção Neves⁹ a divide em três vertentes:

[...] I) dever de esclarecimento, consubstanciado na atividade do juiz de requerer às partes esclarecimentos sobre suas alegações e pedidos, o que naturalmente evita a decretação de nulidades e a equivocada interpretação do juiz a respeito de uma conduta assumida pela parte;

II) dever de consultar, exigindo que o juiz sempre consulte as partes antes de proferir decisão, em tema já tratado quanto ao conhecimento de matérias e questões de ofício; III) dever de prevenir, apontando às partes eventuais deficiências e permitindo suas devidas correções, evitando-se assim a declaração de nulidade, dando-se ênfase ao processo como genuíno mecanismo técnico de proteção de direito material.

Portanto, após todas as análises até aqui realizadas, pode-se concluir que para a melhor aplicação dos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da celeridade é preciso que as partes compreendam a essência do processo, seus papéis nele e ocupem o lugar de agentes construtores da solução da demanda. A partir daí é que se alcançará a segurança jurídica, a diminuição dos recursos por cerceamento de defesas, a solução satisfatória e a duração estritamente necessária.

3. A FIGURA DO MAGISTRADO COMO PRESTADOR DE SERVIÇO PÚBLICO E OS RESULTADOS QUE PRECISA ALCANÇAR EM PONDERAÇÃO COM A FIGURA DO MAGISTRADO COMPETENTE E IMPARCIAL PARA SOLUCIONAR AS DEMANDAS COM RESPEITO AOS DIREITOS DOS JURISDICIONADOS

A figura do magistrado na sociedade brasileira encontra grande distorção dependendo dos olhos de quem a vê, se observada por um cidadão comum, provavelmente será apontada como uma profissão tranquila, de difícil acesso, mas cheia de regalias, “pouco” serviço e uma realidade fora do alcance dos cidadãos comuns. Já se observada por aqueles que estão na carreira ou trabalham em atividades relacionadas a

⁹ NEVES apud SILVEIRA, Leandro Augusto Machado. *O princípio da cooperação no NCPC*. Disponível em: <<http://domtotal.com/noticia/1193223/2017/10/o-principio-da-cooperacao-no-ncpc/>>. Acesso em: 04 set. 2018.

ela, muitos dirão que a vida do juiz não compensa, tendo em vista ter a vida de, em média, milhares de pessoas na ponta de suas canetas, em um sistema que não funciona como deveria, além do desgaste da rotina.

Vale ressaltar que neste último ponto inclui-se o olhar do magistrado desiludido que abandona a carreira, pois idealizava a profissão de uma forma que não condiz com a realidade. Nesse sentido, existem relatos de juízes que abandonaram a carreira por não se ajustarem à rotina, pela repetição das causas em análise, pela falta de estímulo/desafio intelectual na maioria das demandas, pelo salário e até mesmo pela busca constante de desafios. Cite-se o relato de Lausídio¹⁰, um ex-juiz federal que relatou o porquê do abandono da magistratura:

a atividade jurisdicional é maravilhosa. Mas isso é somente uma parte de seu dia. As funções administrativas também ocupam muito do tempo do profissional. [...] Nove em dez causas eram repetitivas e comuns. Isso instiga pouco o profissional intelectualmente, é mais uma atividade administrativa do que jurídica.

Certo é que o magistrado deve ser observado das duas grandes extremidades que o norteiam, quais sejam a figura humana do prestador de serviço público jurisdicional e a figura imparcial com o poder de decisão dentro de cada demanda analisada. Em relação à primeira abordagem, o Supremo Tribunal Federal¹¹ já ressaltou a classificação do magistrado como agente político, diante da ampla liberdade decisória que possui e por agir como uma das formas de manifestação da vontade estatal. Contudo, deve-se ressaltar que a doutrina discorda de tal classificação, nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre outros entendem que o magistrado é um servidor público, pois para ser agente político deveria desempenhar atividades técnicas políticas¹².

Apresentada a controvérsia quanto à classificação dentro da estrutura administrativa em relação ao magistrado, passa-se a análise do seu papel dentro da instituição em que exerce seu *múnus* público. Como todo e qualquer prestador de serviços públicos possui metas a serem alcançadas para o bom desempenho da função,

¹⁰ LEORATTI, Alexandre. *O que leva magistrados e membros do MP a deixarem a carreira pública?* Disponível em: <<https://www.jota.info/carreira/magistrados-advocacia-carreira-publica-12062018>>. Acesso em: 22 set. 2018

¹¹A Constituição e o Supremo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1035>>. Acesso em: 22 set. 2018

¹² NETTO, Fernando Ferreira Baltar; e TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. 8ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 252.



bem como deveres a serem observados em conformidade com os princípios da Administração Pública, previstos no artigo 37, *caput* da Constituição Federal¹³.

A Constituição Federal, ao prever as garantias e as vedações à prática de certas atividades por aqueles que exercem a magistratura, buscou assegurar um bom desempenho jurisdicional, de modo a lhe deixar independente para exercer a jurisdição, isto é, solucionar a demanda sem influência hierárquica administrativa ou patrimonial, possivelmente exercida por uma das partes litigantes.

Ocorre que o maior problema do magistrado brasileiro é a própria organização judiciária, que é deficitária, de modo a inviabilizar a duração razoável do processo e a análise pormenorizada das demandas. Para ilustrar, o CNJ elaborou o relatório de números de 2018¹⁴, no qual constam os dados dos maiores tribunais estaduais do país, demonstrando claramente que o número de magistrados é infinitamente menor que a demanda já existente e as demandas que ingressaram no ano de 2017, por exemplo:

Tabela 1: Classificação dos tribunais da Justiça Estadual segundo o porte, ano-base 2017

Grupo	Tribunal	Score*	Despesa Total da Justiça	Casos Novos	Casos Pendentes	Número de Magistrados	Força de Trabalho (servidores e auxiliares)
1º Grupo: Grande Porte	1 TJ - São Paulo	4,333	11.830.621.214	5.648.114	20.591.965	2.651	68.676
	2 TJ - Rio de Janeiro	1,257	4.246.447.528	2.171.880	11.038.643	901	25.183
	3 TJ - Minas Gerais	1,033	5.074.376.809	1.804.222	4.130.451	1.040	27.756
	4 TJ - Paraná	0,529	2.676.067.497	1.561.020	2.872.349	902	18.526
	5 TJ - Rio Grande do Sul	0,504	2.930.897.666	1.458.958	3.711.894	813	16.382

Além de todo este cenário de insuficiência, os magistrados ainda precisam alcançar as metas que são instituídas todos os anos pelo CNJ e que são utilizadas para auferir a produtividade, a celeridade processual, a solução da controvérsia por meio de conciliações, o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre outros parâmetros. Em 2017, por exemplo, observando os números quanto à Justiça Estadual, segundo o relatório publicado¹⁵ a meta de produtividade foi alcançada, uma vez que mais processos foram julgados se comparados à quantidade de processos que deram entrada no judiciário. Contudo, no tocante à celeridade processual, os juízes estaduais

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2018

¹⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de metas nacionais do poder judiciário 2017*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/05/e2b3f547f615250a8a2b85011f1ae489.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

de primeiro grau não conseguiram atingir a meta imposta, que buscava reduzir o estoque de processos pendentes, principalmente àqueles distribuídos há muito tempo.

De toda a análise dos dados constantes do relatório de números¹⁶ publicado em 2018 pelo CNJ, pode-se perceber que as metas têm cumprido um bom papel na organização do judiciário, pois na maioria dos pontos abordados os números se mostraram positivos, de modo a impulsionar a atividade jurisdicional e a minimizar os danos que a morosidade do judiciário pode causar para aqueles que se socorrem nele. Entretanto, muita cautela deve ser empregada na análise destes resultados, que podem mascarar a realidade cotidiana dos juízos, no tocante ao seu alcance e no modo de elaboração de tais decisões.

As metas são importantes desde que não distorçam o objetivo para o qual foram criadas. Elas não podem ser utilizadas para coagir o juiz a agir dentro daquele prazo, ou de certo aproveitamento pretendido, a todo e qualquer custo, pois isto implicaria em prejuízo direto às partes envolvidas na demanda, que não teriam a figura do juiz imparcial e determinado a achar a melhor solução e sim, a figura do juiz que só quer se livrar do processo e alcançar números abstratos remetidos ao CNJ.

Dessa forma, ambas as figuras que envolvem o juiz, aqui analisadas, podem existir de forma simultânea, caso haja responsabilidade e razoabilidade nas cobranças administrativas, além da vocação e da maturidade do magistrado em entender o seu importante papel na sociedade. Trata-se da velha frase que pode ser aplicada metaforicamente aqui: “gentileza gera gentileza”, isto é, um juiz que não é coagido a alcançar resultados como se um computador fosse, provavelmente, terá um olhar mais humano em relação àqueles que procuram ajuda, de modo que todos saem ganhando.

CONCLUSÃO

Este trabalho trouxe como a problemática central, a aplicação dos princípios da duração razoável do processo e da celeridade na prática forense analisados em contraposição à figura do magistrado, em suas inúmeras facetas. A abordagem incidiu na dinâmica do juiz que se desdobra em aplicar os direitos e as garantias constitucionais

¹⁶BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.



e em respeitar as metas administrativamente impostas para que tenha um trabalho considerado produtivo.

De uma perspectiva, tem-se a importante e expressa previsão introduzida pela Emenda Constitucional nº45/04, no tocante à razoável duração do processo e à celeridade, instrumentos que vieram para alcançar um lapso temporal razoável no intuito de conceder uma “breve” resposta jurisdicional, para aqueles que se socorrem por este meio.

Pelas primeiras impressões apontadas nesta pesquisa, a Emenda Constitucional nº45/04 veio para resgatar a confiança do jurisdicionado no Poder Judiciário, de forma a afastar o dogma de que a justiça é tardia / morosa e para restaurar o bom funcionamento do processo, que se livra de atos protelatórios e dá primazia à resolução do mérito.

Ademais, para concretização desta previsão constitucional foi criado o CNJ, que influenciou diretamente no cotidiano do magistrado, que então passou a ter metas a cumprir e uma fiscalização efetiva do seu trabalho. Contudo, muita cautela ainda deve ser tomada ao fixar os parâmetros desta fiscalização, de modo que o magistrado não fique pressionado a mostrar resultados na materialização de um direito constitucional, mas violando outros direitos também constitucionais.

No tocante a esta primeira problemática, esta pesquisadora pode apurar que o equilíbrio e a ponderação entre os direitos constitucionais e a dinâmica processual são um dos pilares do judiciário brasileiro, pois quando se respeitam tais premissas, o processo flui e atinge o seu principal objetivo, qual seja o alcance da melhor solução para as partes envolvidas na demanda.

Vencida esta primeira parte, o segundo capítulo retratou a receptividade da nova realidade trazida por tais direitos constitucionais, de um lado está o jurisdicionado que recebe a notícia de que os processos irão tramitar de forma mais rápida e de outros estão os magistrados que precisam concretizar esta ideia, mas sem suprimir o trâmite e as diligências necessárias.

A principal abordagem trazida neste ponto revelou a necessidade da absoluta compreensão do jurisdicionado na aplicação do direito constitucional aqui analisado, de modo a entender o seu papel no processo e cooperar na efetivação de um processo mais enxuto, porém com a mesma profundidade material de antes.

Além disso, o papel do magistrado na gestão processual ficou ainda mais evidenciado, ao ter prudência para distinguir as diligências úteis / necessárias e as protelatórias, sem violar os direitos à ampla defesa e ao contraditório. No mais, quando todas as partes envolvidas na demanda, compreendem e exercem da melhor maneira os seus direitos e deveres, provavelmente, esta será encerrada de forma breve e satisfatória, evitando ainda a sucessiva interposição de recursos.

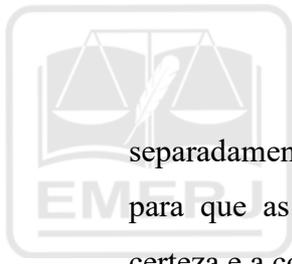
Analisada a aplicação da duração razoável do processo e da celeridade, do ponto de vista do jurisdicionado e de dentro da prática processual, restou à análise acerca da figura do juiz, terceiro imparcial que conduz o processo, tanto na visão de prestador de serviço público, como na visão do próprio magistrado.

Enquanto servidor público, o magistrado deve se afixar nos deveres da carreira e nas cobranças que lhe são feitas para que o sistema se mantenha eficiente, de maneira a respeitar os direitos do jurisdicionado e desempenhando seu papel com a maior excelência possível. Já como ser humano diante dos anseios profissionais almejados, deve-se manter empolgado e vocacionado a todos os dias solucionar as demandas apresentadas, visualizando não apenas partes, mas seres humanos que buscam ajuda e respeito.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que os direitos constitucionais devem ser respeitados o trâmite processual, desde que não se sobreponham aos demais direitos constitucionais, desde que não sejam encarados como verdade absoluta e desde que não sejam utilizados para distorcer os objetivos para os quais foram expressamente assegurados.

Claramente, diante do que foi apresentado nesta pesquisa, tem-se que a proposta da pesquisadora é que o processo seja como um todo humanizado, que tanto as partes quanto o juiz sejam vistos como pessoas e respeitados em seus direitos fundamentais. Dessa forma, não adianta querer uma justiça célere, se ela não for no mínimo efetiva e justa, nem um juiz compromissado em prestar um bom serviço, se for desrespeitado e “robotizado” na prolação de decisões processuais.

Portanto, cabe ao CNJ continuar a exercer a sua constante e efetiva fiscalização, mas sem perder a visão humana daquele que tem o dever / poder de decidir a demanda, de modo a dar espaço para que o magistrado possa analisar cada demanda



separadamente, possa buscar a melhor solução a ser aplicada, possa dar oportunidade para que as diligências cabíveis sejam executadas e possa dar ao jurisdicionado a certeza e a confiança de que pode contar com o judiciário para resolver suas aflições.

REFERÊNCIAS

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1035>>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2018

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de metas nacionais do poder judiciário / 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/64acb190bee63682ea4b7f7805f5acce.pdf>>. Acesso em: 17. abril. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de metas nacionais do poder judiciário 2017*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/05/e2b3f547f615250a8a2b85011f1ae489.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. *Pesquisa de jurisprudência de variados tribunais*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=cerceamento+de+defesa+por+indeferimento+de+prova&l=365dias>>. Acesso 22 jul. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



HARTMANN, Denise. *Comentários ao princípio constitucional do prazo razoável do processo*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8152/comentarios-ao-principio-constitucional-do-prazo-razoavel-do-processo>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEORATTI, Alexandre. *O que leva magistrados e membros do MP a deixarem a carreira pública?* Disponível em: <<https://www.jota.info/carreira/magistrados-advocacia-carreira-publica-12062018>>. Acesso em: 22 set. 2018.

NETTO, Fernando Ferreira Baltar; e TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SILVEIRA, Leandro Augusto Machado. *O princípio da cooperação no NCPC*. Disponível em: < <http://domtotal.com/noticia/1193223/2017/10/o-principio-da-cooperacao-no-ncpc/>>. Acesso em: 04 set. 2018.



LEGALIDADE TRIBUTÁRIA: ANÁLISE DA LEGALIDADE SUFICIENTE E SUA FORMA DE APLICAÇÃO PELO STF

Caroline Bitencourt Sales

Graduada pela Universidade da Amazônia. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

Resumo – O Princípio da Legalidade como postulado fundamental do Estado Democrático de Direito, instituído pela Carta Magna de 1988, consagra a limitação do poder de tributar do Estado. No entanto, em todo o mundo, o princípio vem passando por uma flexibilização, deixando de lado seu caráter absoluto e rígido, cedendo espaço à maior efetividade dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da capacidade contributiva. O presente trabalho tem como essência demonstrar o dissenso que gira em torno desta tendência, esclarecendo como está se moldando o tema ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo por base julgados do Supremo Tribunal Federal e apontando qual a melhor orientação para a legislação tributária.

Palavras-chave – Direito Tributário. Legalidade Clássica. Legalidade Suficiente.

Sumário – Introdução. 1. Da legalidade clássica, evolução histórica e exceções. 2. Da legalidade suficiente nas taxas anotação de responsabilidade técnica (ART). 3. A legalidade suficiente e a nova proposta para o ordenamento jurídico. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute sobre a flexibilização do Princípio da Legalidade no ordenamento brasileiro. De modo a saber se a legalidade clássica pode ser superada e até que ponto a chamada legalidade suficiente deve ser adotada em nossa legislação tributária. Por isso, procura-se abordar o modo como a Corte Suprema vem aplicando esse novo entendimento de forma mitigada.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de sorte a conseguir discutir se o Princípio da Legalidade clássico pode dar lugar a um novo conceito em que a legalidade tem bases mais flexíveis.

No Brasil, o Princípio da Legalidade, hoje, é trazido genericamente no artigo 5º, inciso II e mais especificamente no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal de 1988, o qual assevera que o Poder Executivo deve se submeter à capacidade legiferante do Poder Legislativo, tratando-se da expressão da legalidade formal. No entanto, a legalidade material contempla todos os aspectos que são relevantes para a cobrança do tributo, não deixando



margem ao administrador, tendo a lei como reserva absoluta. Este conceito é traduzido como legalidade clássica ou estrita.

Para a melhor compreensão do tema será abordada também a chamada legalidade suficiente, que surgiu com a evolução do ordenamento e se tornou uma tendência em muitos países, que também vem sendo aplicada com reservas pelo STF, consistindo em uma mitigação à supracitada legalidade clássica, ocorrendo quando o legislador tributário se vale de cláusulas gerais para atribuir à legislação tributária flexibilidade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando a evolução histórica e o nascimento do Princípio da Legalidade no ordenamento brasileiro, apontando os artigos que desenharam tal princípio e suas exceções constitucionais.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, os limites da legalidade suficiente, demonstrando qual o limite que as cláusulas gerais a serem aplicadas devem possuir, e quais os parâmetros a serem respeitados.

O terceiro capítulo versa sobre a necessidade do chamado “diálogo com o regulamento”, que deve respeitar a subordinação, o desenvolvimento e a complementariedade, pois a ausência de um desses parâmetros deixa o valor da exação ao puro arbítrio do administrador. Para tanto, faz-se necessária uma análise jurisprudencial do STF acerca do tema, que apesar de pouca, demonstra qual caminho trilhará.

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

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

1. DA LEGALIDADE CLÁSSICA, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E EXCEÇÕES

O Princípio da Legalidade pode ser visto sob vários prismas. De início, há de se fazer menção ao marco histórico de seu surgimento. A doutrina majoritária, a exemplo de Sacha Calmon¹, faz alusão à Magna Carta, assinada em 1215, na Inglaterra, quando os barões normandos, incomodados com a grande onerosidade dos tributos rebelaram-se contra o rei,

¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 176.



passando-se a exigir a autorização do Conselho dos Comuns para instituir tributos, no reinado de João Sem Terra.

No entanto, de forma minoritária, o doutrinador Luis Eduardo Schoueri, aponta o surgimento do princípio a tempos mais remotos. Para ele, seria mais razoável o entendimento que a origem da legalidade tributária relaciona-se com a origem do direito de concordar com a tributação e controlar o modo como os recursos são empregados, ou seja, segundo Schoueri² desde o período do feudalismo pode-se extrair uma ideia de consenso em relação à tributos.

De acordo com o douto doutrinador, para que se instituísse a tributação, aquele contribuinte primitivo, deveria concordar com ela e com a forma que esse recurso proveniente seria distribuído, demonstrando uma incipiente limitação à tributação.

Mas, de fato, somente com as Constituições, Americana e Francesa, foi que se elevou o Princípio da Legalidade ao status de princípio basilar constitucional. Somente após a revolução francesa é que expressamente foi constituído um documento que contivesse o Princípio da Legalidade como hoje é conhecido.

Para Vieira, o Princípio da Legalidade, inclusive o da Tributária, é visceralmente ligado aos Princípios da República e da Democracia, pela ponte da representatividade popular, como irrecusável direito e garantia individual do cidadão-contribuinte que se constitui nos termos expressos do artigo 150, caput, e encontra-se seguramente protegida entre as cláusulas de pedra da Lei Maior (artigo 60, parágrafo 4º, IV)³.

Este princípio nasce e torna-se a base de todo o sistema jurídico, especialmente do tributário, impedindo que o Estado se atenha aos interesses individuais, cabendo a esse somente submeter todos à lei e ao seu poder, o qual será exercido pelo povo e para o povo.

Com a multiplicidade de tarefas atribuídas ao Estado contemporâneo, dada sua grande interferência nas esferas econômica e social, a concretização das referidas tarefas pelo Estado é subsidiada pelos recursos advindos do contribuinte que, tendo capacidade contributiva, fornece obrigatoriamente a contribuição monetária ao Estado, para que esse realize seus fins (que devem ser coincidentes com os interesses da população, ao menos em tese).

Como o Estado detém o poder de, por ato próprio, obrigar os particulares, no caso dos tributos, à contribuírem compulsoriamente remetendo valores aos cofres públicos, necessita-se de um limite capaz de controlar a atividade estatal. Tal como em toda relação

² SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 301.

³ VIEIRA, José Roberto. *Legalidade Tributária e Medida Provisória: Mel e Veneno*. In: FISCHER, Octávio Campos (coord.), *Tributos e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 185.

jurídica, há um sopesamento entre o direito posto e o que sua aplicação efetivamente causará na esfera do particular, em sua propriedade e patrimônio. Isso explica o fato de as regras relativas ao tema legalidade serem necessariamente constitucionais.

Nas palavras de Gerd W. Rothmann⁴ é exatamente em virtude do Princípio da Legalidade que a relação jurídico-tributária se caracteriza como relação de direito e não puramente de poder, não havendo nenhuma supremacia de uma das partes sobre a outra, deixando em pé de igualdade o Estado e a pessoa que realiza o fato gerador.

No Brasil, o Princípio da Legalidade é presente no ordenamento desde a Constituição de 1824. Atualmente, a previsão é verificada no artigo 5º, inciso II, da CRFB/88⁵, conhecido como Legalidade Genérica, assim como no artigo 150, inciso I, da CRFB/88⁶, conhecida como Legalidade Tributária. Estes dispositivos constroem a ideia de ser a lei o único meio de se exigir certas condutas do cidadão pelo Estado, pois ninguém é obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei.

Assim, dada a configuração constitucional, a regra da legalidade tributária pode ser entendida sob dois aspectos: o formal, que garante um processo legislativo idôneo e perfeito para que a lei seja inserida no ordenamento, e o material, que discrimina o sujeito que irá pagar a exação, a partir de quando e para quem. Nas palavras de Amaro⁷ em relação ao aspecto material, “requer-se que a própria lei defina todos os aspectos pertinentes ao fato gerador; necessários à qualificação do tributo devido em cada situação concreta que venha espelhar a situação hipotética descrita na lei”.

No artigo 150, inciso I, da CRFB/88 diz-se que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I- exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”⁸. A partir da leitura do dispositivo transcrito, o que significaria exigir ou aumentar tributo? O Código Tributário Nacional, em seu artigo 97⁹, com riqueza de detalhes previstos em seus incisos e parágrafos, contempla e exige que toda a regra matriz de incidência tributária decorra da lei¹⁰. Abrange, portanto, a sua instituição, aumento, redução, extinção ou suspensão.

⁴ ROTHMANN, Gerd W. *O princípio da Legalidade Tributária*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/36954/35723>>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁶ BRASIL. op. cit., nota 5.

⁷ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 117.

⁸ BRASIL. op. cit., nota 5.

⁹ BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

¹⁰ SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 315.



Há no direito tributário hodierno rigidez em relação ao Princípio da Legalidade Tributária, não possuindo o aplicador da lei discricionariedade para instituir tributos ou mesmo majorá-los ao seu livre-alvedrio. Obviamente, é uma forma de proteção tanto do pacto federativo, da soberania estatal, da segurança jurídica, quanto da proteção do próprio cidadão contra possíveis arbitrariedades do Estado.

O artigo 150, §6º da CRFB/88¹¹ traz a ideia de uma lei específica, federal, estadual ou distrital, com o fito de evitar que o legislador cometa uma espécie de contrabando legislativo, inserindo matéria tributária em outro ato normativo que não possua vínculo lógico-temático, fraudando o mote do Princípio da Legalidade. Nesta conformidade, todos os aspectos serão criados por lei, retirando-se ainda do Poder Executivo a possibilidade de seus atos definirem, por exemplo, aspecto material.

Salienta-se que a jurisprudência do STF pacificamente compreende Medida Provisória como instrumento de instituição e majoração de tributos, devido a Emenda Constitucional nº 32 de 11 setembro de 2001¹².

Passando-se a outro aspecto relevante sobre a regra da Legalidade, temos o Princípio da Tipicidade Cerrada. É de grande controvérsia o tema, haja vista que alguns doutrinadores, como Alberto Xavier¹³, afirmam ser coincidentes os princípios da Tipicidade e da Legalidade, como se aquele fosse consequência lógica deste.

Então, para Alberto Xavier¹⁴, Yonne Dolacio de Oliveira¹⁵ e Roque Carrazza¹⁶, somente com uma determinação no tipo fechado, apresentando o legislador, sem se utilizar de conceitos subjetivos, a forma exata de subsunção do fato, com todos os elementos, à hipótese de incidência é que ocorreria o fato gerador.

Consequentemente, para criação de um tributo a lei deve estabelecer: o fato gerador, os sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota. Sendo, no entanto, dispensável a atualização monetária da base de cálculo, comando expresso no artigo 97, §2º, do CTN¹⁷.

Todavia, o princípio também comporta exceções, ou seja, há matérias que podem ser disciplinadas através de ato infralegal. De modo que, a Suprema Corte entende que as

¹¹ BRASIL. op. cit., nota 5.

¹² BRASIL. *Emenda Constitucional, nº 32, de 11 de setembro de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

¹³ XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1978, p. 73.

¹⁴ Ibid., p. 83-96.

¹⁵ OLIVEIRA, Yonne Dolacio de. *A tipicidade no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 47.

¹⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 9.ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 270.

¹⁷ BRASIL. op. cit., nota 9.



matérias que não estão expressas no artigo 97 do CTN¹⁸ são consideradas como exceções ao Princípio da Legalidade.

Os casos mais relevantes na prática são a atualização do valor monetário da base de cálculo e a fixação do prazo para recolhimento do tributo¹⁹. Em relação a primeira, temos como exemplo o IPTU que necessita de atualização em sua base de cálculo já que calculado de acordo com o valor venal do imóvel, podendo então ser atualizado por meio de decreto do chefe do executivo, observando o verbete sumular 160 do STJ²⁰.

Na prática, como a Constituição, a priori, previa apenas quatro exceções previstas no artigo 153, §1^o²¹, ao Princípio da Legalidade, em relação a majoração dos tributos por ato do Poder Executivo, quais sejam II, IE, IPI e IOF, temos que apenas os dois últimos são alterados por decretos, os tributos aduaneiros são alterados comumente por Resoluções da Câmara de Comércio Exterior- CAMEX e a Suprema Corte considera absolutamente constitucional tal procedimento.

Em seguida, por força da Emenda Constitucional 33/2001²² foram criadas outras exceções no que tange aos combustíveis. Permitindo ao Poder Executivo reduzir e restabelecer as alíquotas da CIDE- combustíveis, prevista agora no artigo 177, §4^o, I, “b”, da CRFB/88²³. Também foi objeto de exceção concedida aos Estados e ao DF, que por intermédio do CONFAZ definam-se as alíquotas do ICMS-monofásico incidente sobre combustíveis definidos em Lei Complementar, previsto no artigo 155, §4^o, IV, CRFB/88²⁴.

Deve-se observar que mesmo em se tratando de exceções, não se desobriga a instituição de tributo mediante lei, somente as alíquotas é que podem ser modificadas. Não se tratando, todavia, de mitigação, pois a Constituição Federal optou unicamente por esse aspecto da hipótese tributária poder ser modificado pelo Poder Executivo.

Diante do exposto, passa-se a analisar a legalidade suficiente, uma forma mitigada da legalidade clássica que ocasiona uma grande mudança no conceito estrito, e que pode trazer mudanças sensíveis no ordenamento tributário.

¹⁸ BRASIL. op. cit., nota 9.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 172.394*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164086>>. Acesso em: 14 out. 2017.

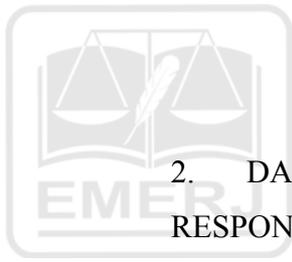
²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n°160*. É defeso, ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164086>>. Acesso em 15 out. 2017.

²¹ BRASIL. op. cit., nota 5.

²² BRASIL. *Emenda Constitucional, n° 33, de 12 de dezembro de 2001*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2001/emendaconstitucional-33-11-dezembro-2001-426596-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

²³ BRASIL. op. cit., nota 5.

²⁴BRASIL. op. cit., nota 5.



2. DA LEGALIDADE SUFICIENTE NAS TAXAS ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA (ART)

Também conhecida como legalidade suficiente, a legalidade mitigada ocorre quando há ofensa ao artigo 150, I, CRFB/88²⁵, pois o artigo expõe a impossibilidade de majorar ou instituir tributos sem lei que o estabeleça.

Um dos casos recentes relacionados ao tema, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que muito chamou a atenção foi o relacionado às taxas Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) no RE n.º 838284²⁶. Taxas são espécies de tributo. E as ART que estão previstas no artigo 1º da lei 6.496/1977²⁷ possuem natureza jurídica de taxa, devendo ser submetidas a legalidade clássica do artigo 150, I, CRFB/88²⁸. Se justifica como taxa por força do poder de polícia, nos termos do artigo 145, II, CRFB/88²⁹ e artigos 77 e 78 do CTN³⁰.

Ocorre que por força do disposto no artigo 2º, §2º da Lei nº 6.496/1977³¹, foi atribuído ao Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA) o dever fixar os valores e critérios das taxas de ART, ou seja, por meio de ato infralegal, o que seria flagrantemente contrário ao dispositivo constitucional 150, I, CRFB/88³².

Observando o histórico das leis que regulamentam o ART, nota-se que a Lei nº 6.496/1977³³ não havia estabelecido nenhum valor de fixação para a taxa cobrada, então, por conseguinte, a Lei nº 6.994/1982³⁴ no artigo 2º, §único, fixou a observação do limite máximo de 5 Maior Valor de Referência (MVR) para as taxas a serem cobradas.

O valor MVR poderia, ao tempo, ser encontrado na lei 6.205/1975³⁵, que adicionou à época um parágrafo único no artigo 2º dessa lei, criando os valores de referência e o MVR. Ocorre que, posteriormente, a lei 6.994/1982³⁶ foi revogada integralmente pela lei

²⁵ BRASIL. op.cit., nota 5.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 838284. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649375>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

²⁷ BRASIL. Lei nº 6.496/1977. Disponível em: <www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6496.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

²⁸ BRASIL. op.cit., nota 5.

²⁹ BRASIL. op.cit., nota 5.

³⁰ BRASIL. op.cit., nota 9.

³¹ BRASIL. op. cit., nota 27.

³² BRASIL. op.cit., nota 5.

³³ BRASIL. op. cit., nota 27.

³⁴ BRASIL. Lei nº 6.994/1982. Disponível em: <www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6496.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

³⁵ BRASIL. Lei nº 6.205/1975. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6205.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

³⁶ BRASIL. op. cit., nota 34.



9.649/1998³⁷, o que gerou novamente a ausência de fixação de parâmetros de valor por força legal.

Assim, todas essas escolhas do legislador ao longo do tempo incitaram um debate acerca da constitucionalidade do artigo que ficara, após a revogação da lei que matinha o valor máximo de 5 MVR para as taxas ART, sem fixação de valor por via legal.

Inevitavelmente o assunto alcançou o Supremo Tribunal Federal, que decidiu o tema mediante Repercussão Geral³⁸ e fixou o seguinte entendimento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA. LEI 6.496/1977. MANIFESTAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. NATUREZA DE TAXA. SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. - O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da matéria debatida nos presentes autos, para reafirmar a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a Anotação de Responsabilidade Técnica, instituída pela Lei 6.496/1977, cobrada pelos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, tem natureza jurídica de taxa, sendo, portanto, necessária a observância do princípio da legalidade tributária previsto no art. 150, I, da Constituição. Em consequência, conheceu do recurso extraordinário, desde já, mas lhe negou provimento.

No entanto, ainda houve mudança posterior do quadro fático. Com o advento da Lei nº 12.514/2011³⁹ foi novamente fixado por ela um limite máximo para a exação. Essa lei no seu artigo 11º, optou por estabelecer o valor máximo de R\$150,00 (cento e cinquenta reais) para a taxa de ART, cumprindo a exigência do Princípio da Legalidade Clássica.

Essa nova valoração também gerou a continuidade da discussão, pois como fora definido apenas o valor máximo, o valor pontual da exação seria aferido por ato infralegal. O ponto central seria decidir se esse ato infralegal feriria a legalidade.

Assim, o Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 838284⁴⁰, resolvendo a celeuma, decidiu:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Princípio da legalidade. Taxa cobrada em razão do exercício do poder de polícia. Anotação de Responsabilidade Técnica (ART). Lei nº 6.994/82. Aspecto quantitativo. Delegação a ato normativo infralegal da atribuição de fixar o valor do tributo em proporção razoável com os custos da atuação estatal. Teto prescrito em lei. Diálogo com o regulamento em

³⁷BRASIL. *Lei nº 9.649/1998*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19649cons.htm>. Acesso em: 07 abr. 2018. *Lei nº 9.649/1998*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19649cons.htm>. Acesso em: 07 abr. 2018.

³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 748445*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5264274>>. Acesso em: 17 jul.2018.

³⁹BRASIL. *Lei nº 12.514/2011*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112514.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

⁴⁰BRASIL. op. cit., nota 26.



termos de subordinação, de desenvolvimento e de complementariedade. Constitucionalidade.

O venerando acórdão prossegue mantendo o posicionamento do STF de que o princípio da reserva de lei não é absoluto, e que portanto, a Corte caminha para a aceitação de uma legalidade suficiente, a depender do tributo que se pretende aplicar. Reforça que no tocante às taxas admite-se o diálogo da lei com os regulamentos, que em conjunto fixarão os aspectos quantitativos da matriz de incidência.

Cita ainda alguns critérios que foram engendrados no RE nº 343.446⁴¹, quais sejam: a) a delegação pode ser retirada daquele que a recebeu, a qualquer momento, por decisão do Congresso; b) o Congresso fixa standards ou padrões que limitam a ação do delegado; c) razoabilidade da delegação.

A decisão utilizou de tais critérios para defender que a Administração Pública por estar ligada à atividade prestada e ao contribuinte, conhecendo a realidade fática, poderia extrair mais facilmente os elementos caracterizadores do aspecto quantitativo da exação, se comparado ao legislador.

No caso específico das ART não cabe ao CONFEA a atualização monetária do teto estabelecido em lei, sob pena de ofensa ao Princípio da Legalidade Estrita. O douto acórdão⁴² resume ainda com clareza cristalina sua análise:

Em suma, o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 6.994/82 estabeleceu diálogo com o regulamento em termos de subordinação (ao prescrever o teto legal da taxa referente à ART), de desenvolvimento (da justiça comutativa) e de complementariedade (ao deixar um valoroso espaço para o regulamento complementar o aspecto quantitativo da regra matriz da taxa cobrada em razão do exercício do poder de polícia). O Poder Legislativo não está abdicando de sua competência de legislar sobre a matéria tributária. A qualquer momento, pode o Parlamento deliberar de maneira diversa, firmando novos critérios políticos ou outros paradigmas a serem observados pelo regulamento.

Portanto, a discussão neste acórdão contemplou a compatibilização entre princípios, como o da praticidade da tributação e da eficiência em ponderação com o da legalidade clássica, sinalizando, assim, que a legalidade suficiente é uma nova tendência compatível com o ordenamento tributário.

Depreende-se do histórico arrolado que a legalidade suficiente não dispensa a força legal para a instituição ou majoração de tributos. Somente permite que, fixado o valor

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 343.446. Relator: Min. Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261045>>. Acesso em 29 mai. 2018.

⁴² BRASIL. op. cit., nota 26.



máximo da exação pela via legal, o CONFEA ou outro Conselho, possa estabelecer o valor que conceber pertinente, dentro do limite máximo conferido, por via infralegal.

Importante ressaltar que o mesmo raciocínio pode se aplicar a outras espécies de tributo e não somente às taxas. Aplica-se também ao caso dos Conselhos Profissionais no tocante às anuidades, que são contribuições especiais por força do artigo 149, CRFB/88⁴³.

3. A LEGALIDADE SUFICIENTE E A NOVA PROPOSTA PARA O ODENAMENTO JURÍDICO

Diferentemente do que ocorreu no caso das taxas ART, devidamente explicadas no capítulo anterior, a Lei nº 11.000/04⁴⁴, trouxe no seu artigo 2º uma previsão autorizativa aos Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas para a fixação das contribuições anuais, independentemente de qualquer teto. Versa a lei:

Art. 2º Os Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais, devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como as multas e os preços de serviços, relacionados com suas atribuições legais, que constituirão receitas próprias de cada Conselho.

§ 1º Quando da fixação das contribuições anuais, os Conselhos deverão levar em consideração as profissões regulamentadas de níveis superior, técnico e auxiliar.

Nota-se que na Lei nº 11.000/04⁴⁵, o legislador não fixou parâmetro algum como o fez na Lei nº 6.496/77⁴⁶ que versa sobre as ART, o que permitiria que os Conselhos de fiscalização de profissões fixassem as contribuições livremente, ou seja, inovando no ordenamento jurídico, pois os Conselhos criariam tributos.

Tal artigo foi declarado inconstitucional em seu caput e parágrafo §1º, pois, o STF entendeu⁴⁷ que por mais que tivesse havido um diálogo com o regulamento, com o fito de otimizar os princípios da isonomia e da capacidade contributiva, a autorização foi muito ampla e genérica, o que, por consequência, afrontou o Princípio da Legalidade estrita.

É importante fazer clara diferenciação para definir os rumos exatos do que se defende. Por mais que grandes doutrinadores como Alberto Xavier defendam veementemente a legalidade absoluta, clássica, há uma tendência mundial no Direito Tributário da legalidade

⁴³BRASIL. op. cit., nota 5.

⁴⁴BRASIL. Lei nº 11.000/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11000.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁴⁵BRASIL. op. cit., nota 44.

⁴⁶BRASIL. op. cit., nota 26.

⁴⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 704.292. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/report1.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2018.



suficiente. Para Xavier⁴⁸, somente com uma determinação no tipo fechado, apresentando o legislador, sem conceitos subjetivos, a forma exata de subsunção do fato, com todos os elementos, à hipótese de incidência é que ocorreria o fato gerador.

No Brasil, Marco Aurélio Greco⁴⁹ defende essa moderna tendência, não ignorando a legalidade prevista no artigo 150, I, CRFB/88⁵⁰, mas permitindo um certo grau de relativização que possa satisfazer tal tipo constitucional.

O mote da flexibilização do princípio da legalidade é sutil. Não se deseja a instituição de tributos ao arrepio da segurança jurídica do contribuinte, mas sim acompanhar a evolução constante do ordenamento jurídico, fazendo com que não haja um engessamento no sistema jurídico tributário.

A sociedade está em mudança constante, e por isso cabe ao complexo jurídico legal continuar protegendo o contribuinte, entretanto, utilizando-se de mecanismos de cobrança da exação mais ágeis que acompanhem a velocidade exigida socialmente. Afinal, o direito nasce a partir do mundo fático.

Difere-se do exemplo dado das taxas ART, onde a lei delimita um teto para a cobrança da exação. No caso dos conselhos de fiscalização ficou claro que não houve qualquer parâmetro fixado.

Portanto, a pertinência de se aplicar uma mitigação à legalidade clássica é analisada no caso concreto. Já se podendo perceber uma tendência nos julgamentos proferidos pelo STF, no sentido de contemplar a legalidade suficiente, rechaçando o caráter absoluto da legalidade clássica.

O que parece ser uma decisão extremamente acertada, que acompanha as exigências da evolução social e mantém o caráter seguro de instituição e majoração de tributos no Brasil. Pois, é muito condizente com o interesse público a possibilidade de o Poder Executivo estabelecer normas em termos de regulamento, desde que essas normas não extrapolem o que foi estabelecido em lei.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problema central, o conflito doutrinário a respeito da possibilidade ou não da aplicação da legalidade suficiente no âmbito do direito tributário. O embate ocorre porque parte da doutrina entende como um risco à democracia e grande

⁴⁸XAVIER, op. cit., p.11.

⁴⁹GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 147.

⁵⁰BRASIL. op. cit., 5.



violação constitucional a chamada legalidade suficiente, enquanto que de outro lado, há julgados do STF aplicando tal entendimento, curvando-se à uma tendência que ocorre mundialmente.

Partindo da pesquisa desenvolvida no decorrer deste trabalho, foi possível chegar a conclusão que as decisões recentes proferidas pela Suprema Corte estão promovendo uma modificação substancial na essência tributária, utilizando-se de outros princípios constitucionais para embasá-las, levando em conta que nenhum princípio é absoluto.

Diante dos acórdãos proferidos, nota-se a profunda aplicação da técnica hermenêutica, que não se valeu de conceitos abertos para justificar tal mudança de posicionamento.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora se consubstancia na ideia de que não há direito constitucional absoluto, e que a partir da imposição de certos parâmetros limitativos pode-se relativizar a legalidade tributária estrita, como ocorre em outros ramos do direito, sem que para isso ocorra violação ou arbitrariedades do Estado para com o contribuinte.

Quanto à questão sobre violar o ordenamento constitucional, que foi desenvolvido ao longo do segundo e terceiro capítulos, esta pesquisa chegou ao entendimento que o que realmente há é uma evolução, apenas. O direito nasce dos fatos, e portanto, dada a evolução de uma sociedade, a evolução dos meios de cobrança da exação pela Fazenda Pública também evolui em virtude do novo alcance tecnológico global.

O principal argumento utilizado nesta pesquisa, para solucionar a questão, sustentou-se na premissa de que a evolução tributária deve acompanhar as necessidades sociais, buscando-se cada vez mais um Estado menos burocrático, mais ágil e efetivo, sem que deixe de lado a vulnerabilidade do contribuinte em relação ao Estado.

Os tribunais devem entender o direito como uno, contemplando todas as mudanças que ocorrem no dia a dia, para dialogar não somente com a lei fria, mas com as necessidades reais humanas, de modo que não se mantenha um Estado engessado e inflexível.

Frisando-se que não se pretende abandonar o princípio da legalidade inteiramente, pois tal atitude remeteria a tempos sombrios de tirania e arbitrariedade.

Desde a criação dos direitos de primeira geração, a humanidade vem criando mecanismos para evitar que o Estado imponha comandos ao cidadão de forma injustificada ou excessiva. E, desse modo, esta pesquisa defende fortemente a manutenção dessa proteção que circunda o contribuinte.

Fica evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que não há outra alternativa, senão caminhar junto com a tendência mundial em relação a legalidade suficiente, não ignorando a justiça social como fim. Deve haver, portanto, um diálogo mais



flexível na legislação tributária com o fito de dar mais celeridade, eficiência, e quem sabe economia aos meios de cobrança das exações tributárias, assim como ocorre em outros ramos do direito brasileiro, a exemplo do Administrativo.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. *Emenda Constitucional, n° 32*, de 11 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 172.394*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164086>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 160*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164086>>. Acesso em 15 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 570680*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário Oficial [da] República Federativa*, Brasília, DF, DJ 04 dez. 2009, p. 1.024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 838.284*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4637342&numeroProcesso=838284&classeProcesso=RE&numeroTema=829>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

_____. *RE n° 342.446*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28342446%2E+OU+342446%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y97244yg>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 704.292*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/report1.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 570.680*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2575648&numeroProcesso=570680&classeProcesso=RE&numeroTema=53>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

_____. *Lei n.º 6.496/1977*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6496.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

_____. *Lei n.º 6.994/1982*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6994.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

. *Lei n.º 6.205/1975*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6205.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018.

. *Lei n.º 6.994/1982*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6994cons.htm>. Acesso em: 07 abr. 2018.

. *Lei n.º 9.649/1998*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19649cons.htm>. Acesso em: 07 abr. 2018.

. *Lei n.º 12.514/2011*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12514.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

. *Lei n.º 11.000/2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11000.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

. *Lei n.º 6.496/1977*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6496.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

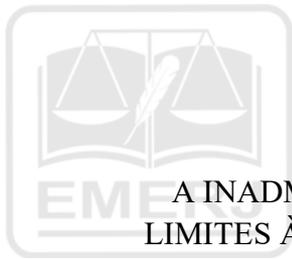
GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

ROTHMANN, Gerd W. *O princípio da Legalidade Tributária*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/36954/35723>>. Acesso em: 13 out. 2017.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIEIRA, José Roberto. Legalidade Tributária e Medida Provisória: Mel e Veneno. In: FISCHER, Octávio Campos (coord.), *Tributos e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.

XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo. Revista dos tribunais, 1978.



A INADMISSIBILIDADE DO POLÍGRAFO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO LIMITES ÀS PROVAS CIENTÍFICAS E PROIBIÇÃO DE TÉCNICAS QUE AFETEM A LIBERDADE MORAL DAS PESSOAS

Caroline Regina Oliveira Vasconcelos

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ.
Advogada.

Resumo – O desrespeito às garantias constitucionais, como a inadmissibilidade de provas obtidas de forma ilícita no Processo Penal, o direito a não autoincriminação e a liberdade de autodeterminação remontam um sistema inquisitorial em que se buscava a verdade real. O trabalho visa demonstrar as razões de o polígrafo não ser aceito como fonte de prova penal no Brasil, de que forma é utilizado em outros países e por quais fundamentos. A essência da pesquisa é demonstrar quais os limites a serem observados na valoração judicial de provas científicas e afirmar que o magistrado não deve se deixar substituir pela crença absoluta na ciência, razão pela qual o polígrafo não deve ser aceito no processo.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prova Penal. Métodos Científicos.

Sumário: Introdução. 1. Limites a serem observados na valoração de provas científicas. 2. Respeito à ciência ou à liberdade de autodeterminação e à proibição de provas ilícitas? 3. A inadmissibilidade do polígrafo no Processo Penal brasileiro. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O trabalho trata da inadmissibilidade do uso do detector de mentiras, a partir do destaque aos limites que devem existir ao uso da ciência no Processo Penal brasileiro. A proibição da ilicitude consiste em verdadeira garantia do *nemo tenetur (se ipsu accusare)*, instituída como proteção contra a autoincriminação por métodos lesivos à livre autodeterminação.

O ainda vigente Código de Processo Penal Brasileiro, que data de 1941, foi elaborado num cenário marcado por fatos que revelam seu caráter autoritário, quais sejam, a outorga da Constituição da República de 1937, o governo do Estado Novo, o nazi-fascismo europeu e a Segunda Guerra Mundial.

Ocorre que o caráter autoritário do mencionado diploma, não mais condiz com as garantias constitucionais dos sujeitos processuais e não legitima, pois, as provas obtidas por meio ilícito.

No atual sistema acusatório, não se busca a verdade real, mas a processualmente construída. A ligação estreita entre a ciência como instrumento para a construção da verdade e

o processo se deve, dentre outros fatores, ao fato de juízes se utilizarem cada vez mais de noções científicas para interpretar circunstâncias de fato que se apresentam como contrárias às noções de experiência e de senso comum.

Objetiva-se demonstrar que, a partir do crescimento do uso de vários métodos e fontes de provas científicas no Processo Penal, torna-se fundamental a atuação de um sistema de controles epistêmicos no sentido de impor limites às provas científicas.

A ciência deve ser usada para evitar erros judiciais, de modo a se reduzir o espaço para a arbitrariedade estatal e aumentar a qualidade da decisão judicial. Mas, tal redução não pode ocorrer de forma absoluta, sob pena de se cair na armadilha ideológica da verdade inquisitorial.

No primeiro capítulo se analisa a seguinte questão: o magistrado, ao decidir, deve levar em consideração somente os critérios lógicos comuns e a sua experiência, a partir de meios de prova e de elementos encontrados no local do crime, ou também pode se basear nos resultados de métodos científicos, com o controle de aspectos fisiológicos relacionados à atividade declaratória no processo?

O segundo capítulo trata da violação da liberdade de autodeterminação, que ocorre não apenas com o uso de técnicas que interfiram na vontade do declarante, como nos casos de tortura, por exemplo, mas também com métodos que busquem respostas externas ao próprio domínio da pessoa. Daí a necessidade de serem tais técnicas tidas como inadmissíveis no processo penal.

No terceiro capítulo, questiona-se a credibilidade que se pode conferir ao polígrafo. Os defensores da técnica afirmam que observar as reações fisiológicas de um indivíduo durante um interrogatório permite detectar possíveis mentiras nas respostas. Todavia, outros sustentam que o resultado da pesquisa pode concluir pela detecção de uma mentira quando, na verdade, a ansiedade verificada a partir do aumento do batimento cardíaco, por exemplo, pode decorrer de memórias reais.

O desenvolvimento da pesquisa ocorre pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que, a partir da comprovação ou rejeição de um conjunto de proposições hipotéticas, adequadas para a análise do objeto da pesquisa, conclui-se pela solução à questão específica apresentada no presente trabalho.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, uma vez que o pesquisador se vale da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – e da comparação com outros ordenamentos (doutrina e legislação estrangeiros) para sustentar a sua tese.



1. LIMITES A SEREM OBSERVADOS NA VALORAÇÃO DE PROVAS CIENTÍFICAS

A reconstrução probatória dos fatos relacionados a crimes complexos, principalmente que visam a proteção de bens jurídicos primordiais, como a vida e a saúde, é cada vez mais atrelada aos resultados de 'testes científicos'.¹

O fenômeno do uso cada vez maior da “evidência científica” demonstra não apenas que não há impermeabilidade entre a avaliação judicial dos fatos e o uso de metodologias científicas, mas também que, com cada vez mais frequência, os fatos são cientificamente verificados no processo.²

Ocorre que o caráter autoritário do Código de Processo Penal, que remonta o momento histórico de sua elaboração, não mais condiz com as garantias constitucionais dos sujeitos processuais e não legitima, pois, as provas obtidas por meio ilícito, como as obtidas a partir do uso de detectores de mentira.

A inviabilidade do uso do polígrafo (bem como da hipnose, da cuticose térmica e outros métodos) no Processo Penal brasileiro revela que também o uso da prova científica deve sofrer limitações, cujo desrespeito enseja a ilicitude e inadmissibilidade e, conseqüentemente, o desentranhamento previsto no art. 157 do CPP³.

A relação ciência-processo se deve ao fato de os magistrados cada vez mais utilizarem noções científicas para compreender as circunstâncias que não são passíveis de serem com base na experiência técnico-jurídica.

A aplicação prática que expressa uma correlação entre “saber” (ciência) e poder ocupam, a cada dia, um espaço maior em todo âmbito processual para nos resguardar de decisões arbitrárias, fruto de preconceito, de puras inclinações ideológicas ou que tenham um caráter aleatório.

A partir daí se indaga: é válido que, além de o magistrado, para decidir, levar em conta os critérios lógicos comuns e a sua experiência, a partir de meios de provas e elementos encontrados no local do crime, também possa considerar os resultados de métodos científicos, com o controle de certos aspectos fisiológicos relacionados à atividade declaratória no processo? Se sim, de que forma?

¹ RIVELLO, Pier Paolo. *Tratatto di Procedura Penale. La Prova Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2014, p. 85.

² *Ibidem*

³ Art.157 do CPP: “Art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 21 out. 2018.



No Processo Penal deve-se impedir o uso indevido da prova capaz de alterar a responsabilidade de alguém, para que seja alcançada a mais justa decisão, a de maior qualidade e justiça. Faz-se necessário que os critérios subjetivos sejam postos de lado, enquanto os objetivos, comprovados cientificamente, sejam valorizados.

A tarefa de construção da verdade no processo penal, sob o estado de direito, está ordenada por critérios de verificação dos fatos da causa, segundo standards probatórios, os quais tenham a capacidade de limitar a discricionariedade, em um procedimento complexo que precede a tomada de decisão, conforme diferentes etapas e dimensões, quais sejam: a verificação da legalidade da prova, a determinação de sua pertinência e utilidade, o “peso” das proposições e a construção do relato judicial de justificação da escolha feita.⁴

A existência de um sistema de controles epistêmicos eficiente passou a ser imprescindível, tendo em vista a vulgarização do uso de métodos ocultos de pesquisa e as inúmeras acusações fundadas em elementos informativos obtidos a partir do uso de tais métodos.⁵

O sistema de controles epistêmicos cumpre duas funções em polos opostos, porém que convergem em uma mesma direção, qual seja, a crença. Em um extremo, o sistema de controles epistêmico busca controlar os elementos arbitrários da mente judicial, em outro, controlar a si próprio, para que não haja uma substituição do preconceito rudimentar, instintivo, por um preconceito de crença absoluta na ciência. Os dois extremos produzem a crença, sendo que é a mediação que pode conduzir a uma convicção fundada.

A expansão das ciências ao campo do saber, que no passado consistiam no âmbito do senso comum, tem produzido uma mudança relevante nos limites entre ciência e cultura não científica. Passou-se a entender que circunstâncias relevantes para a decisão podem ser reconhecidas e valoradas com instrumentos científicos que diminuem a área na qual o juízo sobre os fatos possa ser formado apenas sobre bases cognoscitivas não científicas.⁶

Entre os questionamentos referentes à relação entre ciência e processo, está o da qualidade da ciência que deve ser usada no processo para a aproximação dos fatos. A partir daí surge a distinção entre ciência boa e ciência ruim. A história do uso probatório da ciência no processo possui vários casos nos quais a informação científica é incorreta, incompleta, manipulada, irrelevante.

⁴ PRADO, Geraldo. *Prova Penal e o Sistema de Controles Epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.39-40.

⁵ Ibidem. p.43

⁶ TARUFFO, Michele. *Conocimiento Científico y criterios de la prueba judicial*. ABELLÁN, Marina Gascón et al. *Proceso, Prueba y Estándar*. Lima: Aras, 2009, p.34-35.



Da seguinte forma leciona TARUFFO⁷:

os juízes não podem se limitar a receber passivamente qualquer coisa que venha a ser apresentada em juízo, devem se colocar na situação de verificar a validade e a certeza da informação que pretende ter dignidade científica, e que estão destinados a constituir a base da decisão de fundo sobre os fatos. Os standards de cientificidade definidos em Daubert podem também não ser compartilhados ou ser considerados restritivos e genéricos, mas permanece a necessidade de que o juiz verifique com o máximo de cuidado a qualidade da ciência da qual se serve.

Para que não haja ingresso unilateral dos dados no processo, a atividade judicial deve se voltar rigorosamente à verificação dos elementos constitutivos do devido processo legal.⁸

A partir da melhora da qualidade da prova, melhora-se a qualidade da decisão, sendo que nada funciona sem seres humanos aptos para isso. Entretanto, no plano da justiça humana, o erro é uma possibilidade. O risco da decisão injusta vai ser diminuído, mas não eliminado, tendo em vista que chegar ao “ponto zero” consiste em, de outra forma, retornar ao ponto do arbítrio.

2. RESPEITO À CIÊNCIA OU À LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO E À PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS?

Deve-se enfrentar a questão sobre a existência ou não dos critérios aos quais o juiz deve se ater ao valorar as provas das quais dispõe e ao determinar quando se provou ou não algum fato. Tais critérios existem e são indicados por regras às quais o magistrado deve obedecer ao realizar a valoração sobre a situação fática.⁹

É possível que uma prova de DNA seja o único elemento de prova sobre o qual a decisão judicial se baseie, uma vez que a probabilidade de conclusão correta decorrente de um exame de DNA varia em torno de 99%. No entanto, esses dados por si só não são suficientes para demonstrar o nexo de causalidade entre um fato ilícito e o dano. Por isso, faz-se necessário que tais dados estejam ao lado de provas de outro tipo, caso se deseje alcançar o critério probatório necessário para se demonstrar a referida causalidade.

Certo é que, somente em casos particulares a prova científica, por si só, é capaz de satisfazer o critério probatório operante em determinado tipo de processo. É preciso, admitir,

⁷ Ibidem. p.38

⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido Processo Penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p.186.

⁹ TARUFFO, op. cit., p.42.



conforme Taruffo¹⁰, que a prova científica possa estar acompanhada por provas não científicas que a corroborem, colaborando para a fundamentação das conclusões a respeito do fato que não possa ser provado.

É inegável a utilidade da ciência ao processo penal, mas esta não é suficiente para todas as situações, sendo que, a partir daí surgem questões e dificuldades a serem consideradas. Dentre elas está a de que o uso dos critérios científicos não pode desconsiderar os direitos como o da autodeterminação.

A autonomia da vontade das pessoas que se submetem ao uso do polígrafo ou de meios análogos não pode ser compreendida como absoluta, tendo em vista que não se observa certos limites éticos que impediriam o uso de arbitrariedades. Apesar de o ordenamento jurídico não prever o uso dos métodos que a seguir se explicitará e de não haver, majoritariamente, espaço na doutrina e na jurisprudência brasileiras para sua admissão no processo penal, há, no Brasil e no mundo, vozes no sentido contrário como se demonstrará.

A linha divisória que poderia estabelecer os contornos do direito humano fundamental à autodeterminação em certos casos de conflito entre o uso de métodos científicos e respeito aos direitos fundamentais estaria, segundo Baez e Reckziegel¹¹, em verificar se, no caso concreto, a submissão do indivíduo à experiência atinge a dimensão básica da sua dignidade humana ou não.

Para equacionar essa análise, sugerem os autores¹² que se deve usar a teoria de Immanuel Kant em contraste com as teses de Benedetto Croce, demonstrando-se que a dignidade humana possui duas facetas, quais sejam, a básica e a cultural, construindo-se a partir desta análise um novo conceito de direitos humanos fundamentais, capaz de oferecer ferramentas objetivas para a compreensão dos limites que devem ser impostos à autodeterminação dos indivíduos, quando isso venha colocar em risco a própria dignidade humana.

Em eventual situação um advogado do suspeito pode considerar que uma testemunha de um crime, incapaz de lembrar os fatos por causa da turbulência emocional que eles causaram em sua psique, poderia estar apta para descrever a história e, então, inocentar seu assistido, se submetida a tratamento hipnótico. No ponto de vista deste advogado, a hipnose seria

¹⁰ Ibidem. p. 50-51

¹¹ BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; RECKZIEGEL, Janaína. *O Direito humano fundamental de autodeterminação e seus limites éticos frente ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana*. p. 226. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/934/93428124008/>>. Acesso em: 9 set. 2018.

¹² Ibidem.



imprescindível à defesa de seu cliente. No entanto, isto não se coaduna com o que assevera Eugênio Pacelli¹³ e a doutrina amplamente majoritária no Brasil.

Juristas defensores de tal método, como E. Zapallà¹⁴, alegam que tal método não afeta a vontade do sujeito a ela submetido. No que diz respeito à alegada baixa confiabilidade dos resultados provenientes do tratamento hipnótico, asseveram que a validade da memória hipnótica deve ser medida não tanto com a realidade objetiva, mas com a memória hipnótica normal.

Afirmam que o “recall hipnótico” conteria mais fatos do que aqueles disponíveis no estado de vigília e que esses fatos não seriam menos verdadeiros para a realidade objetiva do que os obtidos pela memória consciente. Em outras palavras, como sempre temos que duvidar da validade objetiva da memória humana, não teríamos boas razões para confiar menos na hipótese obtida da hipnose do que nas obtidas no estado normal da mente.

Em relação ao detector de mentiras, este continua a suscitar dúvidas quanto à sua proibição ou não no processo penal, como coloca Pier Paolo Rivello¹⁵. Com efeito, esse instrumento, limitando-se a registrar alterações na respiração, pressão sanguínea, ritmo cardíaco e resposta de eletrodo causada pelas reações do sujeito a uma série de perguntas a ele feitas, não alteraria, a princípio, a vontade ou afetaria a esfera psíquica da pessoa.

Considerações semelhantes poderiam ser desenvolvidas com referência a uma série de metodologias adicionais, elaboradas no campo da ciência, incluindo análises eletroencefalográficas, como a Fingerprinting Cerebral. Neste método, com base em uma onda cerebral, chamada P300, cuja amplitude diante de certos estímulos visuais, auditivos ou olfativos variam dependendo se estão ou não familiarizados com o assunto, se verifica, por exemplo, se a pessoa já esteve em um lugar e viu certos objetos possivelmente presentes na cena do crime.

Outro método nesta área é o do Reconhecimento de Cuticose Térmica que detecta o momento em que uma pessoa experimenta maior entrada de sangue e, conseqüentemente, um aumento na temperatura da pele.¹⁶

Ocorre que a violação da liberdade de autodeterminação ocorre não apenas com o uso de técnicas que interfiram na vontade do declarante, como nos casos de tortura, por exemplo, porém também com métodos que busquem respostas externas ao próprio domínio da pessoa,

¹³ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p.342-343.

¹⁴ ZAPPALÀ, Enzo. *Il principio de tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*. Milão: Giuffrè, 1982. p.141.

¹⁵ RIVELLO, Pier Paolo. *Tratatto di Procedura Penale*. La Prova Scientifica. Milão: Giuffrè, 2014, p.104-106.

¹⁶ Ibidem.



como os mencionados. Daí a necessidade da inadmissibilidade de tais técnicas no processo penal.

Tais técnicas devem ser tidas como ilícitas. Segundo o art. 5º, LVI da CRFB¹⁷, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” Também o art. 157, caput do CPPB¹⁸ dispõe da mesma forma. A vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, de maneira a vedar práticas probatórias ilegais.

Quanto à qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude do meio de obtenção da prova coíbe o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja questionada, como ocorre na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou pela ministração do soro da verdade, conforme Pacelli¹⁹.

De outro lado, a vedação das provas obtidas de forma ilícita também repercute na seara da igualdade processual, uma vez que, ao proibir a produção probatória irregular, equilibra a relação de forças no que tange à atividade instrutória desenvolvida pela defesa.²⁰

A proibição de provas obtidas de forma ilícita representa uma garantia ao respeito ao princípio *nemo tenetur [ipsu accusare]*, instituído como uma vedação à autoincriminação por meios violentos (tortura, coação, ameaças), por métodos arditos ou lesivos à autodeterminação (hipnose, engano, emprego do detector de mentiras) e por quaisquer métodos cerceadores da defesa.²¹

Portanto, os critérios segundo os quais a não permissão no processo seriam apenas das mentiras grosseiras, porém não o recurso às formas mais tênues de manipulação e de ardid, não recebe mais nenhum tipo de aplauso, apesar de já ter sido defendido pela doutrina dominante durante algum tempo. Isto se deve ao fato de que são justamente os meios mais sutis de engano os que possuem maior potencial de comprometer a liberdade da declaração que se quer preservar.

¹⁷ Art. 5º, LVI da CRFB: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 21 out. 2018.

¹⁸ Art. 157 do CPP: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf> Acesso em: 21 out. 2018.

¹⁹ PACELLI, op. cit. pp.342-343.

²⁰ Ibidem.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 79.812/01 – SP. Rel. Min. Celso de Melo. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+79812%2ENU ME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+79812%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cgvqdh4>> Acesso em: 26 set. 2018.



Da mesma forma não possuem influência atualmente o critério defendido pelo Tribunal do Império, conforme o qual há uma diferença essencial entre a representação errada, direta, expressamente comunicada e a apenas mediatizada por sinais ou indícios os quais induzem o sujeito a concluir de determinada maneira. Isto porque esta constitui somente um veículo de transmissão de mensagens, e, por isso, de uma falsa representação das coisas.²²

3. INADMISSIBILIDADE DO POLÍGRAFO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O detector de mentiras, também chamado de polígrafo, representa, segundo Leandro Canestrelli²³, um dispositivo que permite o registro simultâneo de manifestações somáticas diversas (e incontroláveis pelo indivíduo), que acompanham atitudes emotivas que são produzidas diante de mentiras conscientes. Tais manifestações somáticas consistiriam em indicações fora da vontade deliberada do indivíduo examinado.

O uso do polígrafo no processo ocorre na maioria dos estados dos Estados Unidos da América, de forma que nestes países exige-se do perito, na maior parte das vezes, alguns requisitos. Dentre eles, uma formação profissional em uma escola credenciada de polígrafos, uma formação em interrogatórios científicos, bem como a detenção de equipamentos computadorizados e submetidos a controle de qualidade, de forma a reduzir as margens de erro do teste, cujo resultado se materializa por meio de um laudo pericial a ser juntado no processo.²⁴

Levando-se em conta que a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro, poder-se-ia pensar que o uso do detector de mentiras seria a solução para as variáveis que afetam a qualidade e a confiabilidade da prova testemunhal. Os defensores da técnica entendem como louvável a possibilidade de detectar mentiras.

No entanto, apesar de o uso do detector de mentiras ser uma realidade nos EUA desde os anos 20 (caso EUA vrs. Frye), e de existir regulamentação referente ao tema no referido país, não deve ser o uso do polígrafo aceito no ordenamento brasileiro, como já não o é.

As falsas memórias se distinguem da mentira, uma vez que, nas primeiras, o agente acredita honestamente no que relata, já que a sua sugestão é externa ou, ainda que interna,

²² ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006. p. 235.

²³ CANESTRELLI, Leandro. Under the auspices of Consiglio nazionale delle ricerche [and others] Proceedings. In: International Association of Applied Psychology, XIII Congress, 1958, Rome.

²⁴ ROCHA, Jadir Silva. A utilização do polígrafo e a sua excepcional admissibilidade no processo penal brasileiro e argentino. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 113, jun 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13240>. Acesso: 02 set 2018.



inconsciente. A mentira, todavia, é um ato consciente, tendo a pessoa noção da versão por ela criada ou manipulada.

Ambas inviabilizam a credibilidade da prova testemunhal. Todavia, as falsas memórias são mais graves, pois podem se originar de uma confusão mental, ou seja, de uma informação inicial verdadeira, porém que sofre a interferência de uma mistura com o imaginário. O sujeito que distorce dados passa a tomar como verdadeiro o fato distorcido.²⁵

Pelo fato de a testemunha deslizar no imaginário sem consciência disso, torna-se mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira. Tal fato é uma das justificativas para a inadmissibilidade do uso do polígrafo no processo penal brasileiro, uma vez que o sujeito com falsas memórias, provavelmente não terá as mudanças fisiológicas que levariam à detecção da mentira.

Outro motivo que leva à sustentação da inadmissibilidade do polígrafo é a possível criação de “antecedentes”, ou seja, os resultados de testes realizados no passado poderiam ser utilizados em um processo no futuro como uma justificativa para que a palavra de alguém não tenha credibilidade, pelo fato de já ter mentido antes.²⁶

O uso do polígrafo leva, segundo Aury Lopes Jr.²⁷, Eugênio Pacelli²⁸ e a doutrina majoritária brasileira, à obtenção de provas por meio ilícito, uma vez violada a garantia do *nemo tenetur* (se ipso accusare), instituído como proteção contra a autoincriminação por métodos lesivos à livre autodeterminação.

Segundo o princípio da não autoincriminação, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Assim, nenhum indivíduo é obrigado a fornecer, contra a sua vontade, qualquer informação, declaração ou objeto de prova que o incrimine direta ou indiretamente, conforme o art. 5º, LXIII da CRFB/88²⁹, art. 186 do CPP³⁰, art. 8º, item 2, g da Convenção

²⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.485.

²⁶ FAIGMAN, David L.; FIENBERG, Stephen E.; STERN, Paul C.. *The Limits of the Polygraph: The time has come to be truthful about its reliability and usefulness..* Disponível em: <<http://issues.org/20-1/faigman/>>. Acesso em: 26 set. de 2018.

²⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 582.

²⁸ PACELLI, op. cit., p.342-343.

²⁹ Art. 5º da CRFB: LXIII - “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 21 out. 2018.

³⁰ Art. 186 do CPP: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.” BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.



Americana de Direitos Humanos³¹ e art. 14, 3, g do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³².

A partir daí, qualquer tipo de prova contra o réu que dependa ativamente dele, apenas é válida se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. A garantia constitucional de não declarar contra si mesmo tem sentido amplo e deve ser entendido como qualquer tipo de manifestação do agente.³³ O detector de mentiras é um meio tão inválido de se obter uma prova quanto um meio que utilize fraude ou coação para a obtenção de uma informação.

Diante da ofensa a preceitos legais e constitucionais deve-se reconhecer a ilicitude probatória do que for obtido a partir do uso do polígrafo. Para Nucci³⁴, “o universo do ilícito constitui-se das variadas formas de lesão aos preceitos diversificados do ordenamento jurídico. O ilícito abrange toda e qualquer ofensa à Constituição Federal, por óbvio, à legislação em geral.”

Assim, por ser considerada ilícita, deve a prova ser desentranhada do processo, na forma do art. 157 do CPP. Nucci³⁵ assevera da seguinte forma:

[...]quando se depara a parte com uma prova ilícita, em particular após a edição da Lei 11.690/08, deve propor o incidente de ilicitude de prova, pretendendo desentranhar e destruir a referida prova. E não deve haver meio-termo, vale dizer, prova mais ou menos ilícita. Portanto, concedendo-se a titulação de prova ilícita somente àquelas que violem preceitos penais, olvidando-se as lesivas a processo penal, o tratamento será desigual. No campo das nulidades, há o meio-termo: a nulidade relativa. No cenário das ilicitudes, como se viu inexistente essa medida intermediária. No âmbito das nulidades, há maior maleabilidade para o Judiciário considerar válida ou inválida determinada prova. No contexto da ilicitude, deve-se zelar, acima de tudo, pelo respeito à produção escorreita da prova, pois é norma constitucional.

A jurisprudência brasileira é pacífica no sentido da inadmissibilidade do polígrafo no processo penal. O STJ, em 2016, em sede de julgamento do agravo em Recurso especial 977089 – DF (2016/0232147-6), manifestou mais uma vez a posição do tribunal, qual seja, o indeferimento do exame do polígrafo. Asseverou que as instâncias originárias, ao indeferirem

³¹ Art. 8º da CADH: “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em: 22 out. 2018.

³² Art. 14, 3 da CDH: “Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g. A não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada.” OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em: 22 out. 2018.

³³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 26 janeiro. 2010. Acesso em: 26 set. 2018.

³⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Atlas. 2015. p.48

³⁵ Ibidem. p. 49.



o exame por ausência de previsão legal no ordenamento jurídico e por não ser comprovada a sua eficácia, decidiram conforme o entendimento do Tribunal Superior.³⁶

Se na Justiça do Trabalho, em que, no âmbito privado, encontra-se maior espaço para o uso da técnica do detector de mentiras, tal praxe é muito questionada, sobretudo o é no processo penal, em que está em jogo a liberdade de locomoção dos indivíduos e em que se deve respeitar a presunção de inocência.

Para Alexandre Morais da Rosa³⁷, existe uma importância nos mecanismos de leitura corporal para que sinais não sejam desprezados. Segundo o autor, o comportamento não verbal pode ser fonte de indicativos importantes ao longo do jogo processual, uma vez que parte das ações humanas não passa pelo sistema reflexivo, já que intuitivas e automáticas.

Da seguinte forma, leciona Morais da Rosa³⁸:

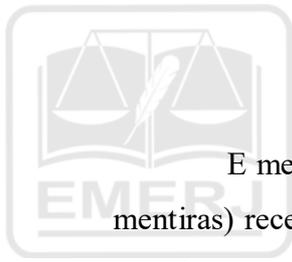
Não se trata de um dicionário em que uma ação isoladamente implique em conclusões, pois isso seria adotar uma postura selvagem e de um indutivismo ingênuo. Podemos, em todos os casos, todavia, ficar atento a três fatores: (a) qual o meu efeito sobre os padrões de percepção dos demais?; (b) quais indicativos corporais a testemunha, jogador, julgador fornecem e com que objetivos (conscientes ou não)?; e (c) qual o ambiente (amigável/hostil — depoente eventual/depoente profissional) em que a interação se desenvolve?

Perceba-se que o autor defende que o domínio da linguagem corporal pode representar um ganho, mas não opina, por isso, pela admissibilidade do uso do polígrafo no processo. Defende, na verdade, que a leitura da linguagem corporal não deve ser utilizada de forma que seja a única fonte da conclusão do magistrado.

³⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag em Resp nº 977089 – DF (2016/0232147-6). Rel. Min. Jorge Mussi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461913143/agravo-em-recurso-especial-aresp-977089-df-2016-0232147-6>> Acesso em: 26 set. 2018. “[...] 3. Vige na lei processual brasileira o princípio da livre apreciação da prova, o qual faculta ao magistrado o indeferimento, de forma fundamentada, das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, conforme verifica a sua necessidade ou não para a elucidação dos fatos, sem que isso cause cerceamento de defesa. 4. In casu, as instâncias ordinárias, motivadamente, indeferiram o requerimento da prova pericial (exame de polígrafo), principalmente por não haver previsão legal de utilização do referido exame, bem como diante da ausência de comprovação de sua eficácia. 5. Embora o acusado no processo penal tenha o direito à produção da prova necessária a dar embasamento à tese defensiva, deve ser justificada pela parte a sua imprescindibilidade, o que não se verifica ter ocorrido na hipótese. [...] 7. O entendimento do Tribunal a quo encontra-se em total convergência com a jurisprudência consolidada desta Corte Superior, afastando qualquer alegação de nulidade frente a não demonstração de prejuízo. 8 Habeas corpus não conhecido.”

³⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Engane-me se puder: a linguagem corporal entra no jogo processual?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-24/deteccao-mentiras-depoimentos-gera-debate-eua-brasil#author>>. Acesso: 22 out. 2018.

³⁸ Ibidem



E mesmo apenas defendendo o domínio da linguagem corporal (e não do detector de mentiras) recebe críticas, como a de Lênio Streck³⁹ em seu texto “*Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica?*”. Este, ao contrário daquele autor, não considera possível saber a distinção entre um sorriso falso e um verdadeiro, diante da ausência de critérios para tanto. Afirmo Streck que técnicas de valoração probatória podem ser úteis, mas não representam teoria da decisão.

Portanto, ainda nos EUA, onde há uma regulamentação referente ao uso do polígrafo e ainda em países como Colômbia e Equador que aceitem o uso da técnica, isto é mais pacífico no âmbito da Justiça do Trabalho. No Brasil, além de não haver previsão no ordenamento jurídico para tanto, o melhor entendimento é no sentido da ilicitude da prova obtida a partir do detector de mentiras, pois vige o sistema acusatório, em que se busca não a verdade real, mas a processualmente construída.

CONCLUSÃO

Para que a ciência, de modo geral, fosse introduzida ao processo penal brasileiro de modo a servir como principal fundamentação numa sentença penal, seria imprescindível que o Poder Judiciário fosse equipado com técnicas altamente sofisticadas e com índices reduzidíssimos de erros.

Além disso, seria necessário que o Poder Judiciário contasse com profissionais altamente especializados no sentido técnico e que respondessem a quesitos não apenas quando houvesse solicitação de perícia por alguma das partes ou pelo magistrado, mas sempre que surgisse qualquer necessidade de melhor esclarecimento dos juízes, o qual é crucial para que seja alcançada a melhor decisão possível, isto é, a com menor chance de erros.

No caso do uso polígrafo, nos Estados Unidos, em que 26 estados e alguns tribunais federais adotam tal técnica, existe, como exposto, uma Associação Americana de Poligrafia e um curso especializante com equipamentos específicos e adequados para tanto. E, ainda sim, segundo Frank Horvarth, ex-presidente da mencionada associação, a margem de acerto é de 90%, para seus defensores, e de 70%, de acordo com seus críticos.

³⁹ STRECK, Lênio. *Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/senso-incomum-existe-montinho-artilheiro-epistemico-teoria-decisao-juridica>>

Dessa forma, basear a condenação de alguém a partir da conclusão de um equipamento falho, além de discutível e não recomendado no Brasil, não é permitido por lei e nem aceito pela doutrina e jurisprudência pátrias.

No sistema acusatório o juiz deve decidir com base na prova presente nos autos, em busca da verdade processualmente construída, e não em busca da verdade real. Aceitar o uso do polígrafo no processo é uma retomada ao modelo inquisitivo, que, em que pese datar o CPP de 1941, está superado em nosso ordenamento a partir de todas as alterações sofridas.

O uso do detector de mentiras no processo do século XXI pode ser comparado ao “combate a qualquer custo” dos hereges que legitimava as formas de tortura e de crueldade empregadas na Idade Média. O ideal seria que as referências inquisitivas fossem as mínimas possíveis, em consonância com a ordem constitucional inaugurada em 1988 e com as modificações feitas no CPP por meio das Leis nº 11.689, nº 11.690 e nº 11.719, todas de 2008.

É louvável e necessário o uso da ciência no Processo Penal, mas desde que, como dito, para que sejam alcançadas decisões mais assertivas e mais justas, ou seja, para que o nível de confiabilidade das decisões aumente, e não o contrário.

A prova pericial, o exame de corpo e delito, regulamentados no Código de Processo Penal são exemplos disso. O exame de DNA e o procedimento da cadeia de custódia da prova penal também representam exemplos da necessidade do uso da ciência no Processo Penal.

E todas as provas, inclusive as científicas, devem obedecer a critérios para ingressarem no processo, como os elencados no caso *Daubert*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1993, em que o juiz *Blackman* indicou requisitos de cientificidade das noções que podem ser usadas como provas.

Ocorre que, até o presente momento, em relação ao polígrafo, pode-se obedecer a critérios corretos, e pode, até mesmo, chegar-se a uma conclusão perfeita a partir uso do polígrafo, mas não necessariamente a decisão judicial que se basear nesta fonte de prova será a correta. Seja pela criação de falsas memórias, como ressaltado neste trabalho ao citar a obra de Aury Lopes Jr., seja pelo fato de, simplesmente, existirem formas diferentes de entender e visualizar as situações, o detector de mentiras não representa uma fonte de prova confiável.

O que uma pessoa visualiza, ou seja, sua percepção visual, está relacionada diretamente às pré-concepções e pré-noções do “ser-aí” acerca da realidade e às suas expectativas. Acreditar no contrário é levar muito a sério a analogia dos olhos à câmera, de acordo com Merleau-Ponty. Os olhos funcionam como tal, mas não podem ser equiparados a ela de forma singela, uma vez que a complexidade da mente humana assim não autoriza.



Logo, as decisões dos magistrados devem ser pautadas num espaço reduzido de subjetividade. O polígrafo deve continuar a não ser aceito no ordenamento brasileiro. Não é possível ter um padrão confiável sobre o comportamento gestual de uma pessoa pelo fato de não ser possível teorizar ou criar padrões sobre a imponderabilidade do comportamento humano.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra. 2006.

BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; RECKZIEGEL, Janaína. *O Direito humano fundamental de autodeterminação e seus limites éticos frente ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana*. p. 226. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/html/934/93428124008/>>. Acesso em: 9 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ag em Resp 977089 – DF (2016/0232147-6)*. Rel. Min. Jorge Mussi. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461913143/agravo-em-recurso-especial-aresp-977089-df-2016-0232147-6>> Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 79.812/01 – SP. Rel. Min. Celso de Melo. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+79812%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+79812%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cgvqdh4>> Acesso em: 26 set. 2018.

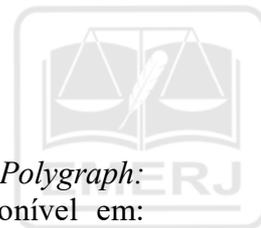
_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 21 out. 2018.

CANESTRELLI, Leandro. *Under the auspices of Consiglio nazionale delle ricerche [and others] Proceedings*. In: International Association of Applied Psychology, XIII Congress, 1958, Rome.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 26 janeiro. 2010. Acesso em: 26 set. 2018



FAIGMAN, David L.; FIENBERG, Stephen E.; STERN, Paul C.. *The Limits of the Polygraph: The time has come to be truthful about its reliability and usefulness*. Disponível em: <<http://issues.org/20-1/faigman/>>. Acesso em: 26 de setembro de 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELO, João Ozório de; Martines, Fernando. *Deteção de Mentiras em depoimentos gera polêmica nos EUA e no Brasil*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-24/deteccao-mentiras-depoimentos-gera-debate-eua-brasil#author>>. Acesso: 09 out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em: 22 out. 2018.

PACELLI. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

PRADO, Geraldo. *Prova Penal e o Sistema de Controles Epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RIVELLO, Pier Paolo. *Tratatto di Procedura Penale. La Prova Scientifica*. Milão: Giuffrè, 2014.

ROCHA, Jadir Silva. A utilização do polígrafo e a sua excepcional admissibilidade no processo penal brasileiro e argentino. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n.113, jun. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13240>. Acesso: 01 set. 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. *Engane-me se puder: a linguagem corporal entra no jogo processual?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-24/deteccao-mentiras-depoimentos-gera-debate-eua-brasil#author>>. Acesso: 22 out. 2018.

STRECK, Lênio. *Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/senso-incomum-existe-montinho-artilheiro-epistemico-teoria-decisao-juridica>>

TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y critérios de la prueba judicial*. ABELLÁN, Marina Gascón et al. *Proceso, Prueba y Estándar*. Lima: Ara, 2009.

ZAPPALÀ, Enzo. *Il principio de tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*. Milão: Giunfrè, 1982.



O INTERROGATÓRIO DO RÉU PRESO À LUZ DA LEI Nº 11.900/09: EXCEPCIONALIDADE DO SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA E INSERÇÃO DO SISTEMA NOS PRESÍDIOS

Cristiane Guilherme Malta Gonçalves

Graduada pelo Centro de Estudos Superiores
Aprendiz - Barbacena/MG. Advogada.

Resumo – O interrogatório por videoconferência no processo penal brasileiro é um verdadeiro avanço para a prática forense, servindo para agilizar o andamento processual e reduzir custos com o deslocamento de presos, com observância dos direitos e garantias individuais do acusado. Com a Lei nº 11.900/2009 não há mais discussão a respeito do vício formal, no entanto, ainda assim muitos estudiosos e aplicadores do Direito se insurgem em um movimento contrário à realização dessa forma de inquirição do acusado, desprezando, dessa forma, a tecnologia. Além do mais, percebe-se que a inserção do sistema de videoconferência nos presídios é um processo lento e burocrático.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Videoconferência. Excepcionalidade. Inserção do sistema nos presídios.

Sumário – Introdução. 1. Contextualização do sistema de videoconferência no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Controvérsia sobre os pontos positivos da Lei nº 11.900/09 e a excepcionalidade do sistema de videoconferência no interrogatório. 3. A crise carcerária e a inserção do sistema de videoconferência nos presídios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as implicações da Lei nº 11.900/2009 no sistema penal brasileiro, em especial, no interrogatório, que desde o início do ano de 2009 já pode ser realizado com a utilização da videoconferência em todo o território brasileiro.

Procura-se demonstrar as modificações relevantes que ocorreram com a edição da lei para a realização do interrogatório. Para tanto, aborda-se posições doutrinárias respeito do tema de modo a conseguir discutir a importância de um dos atos do procedimento para apuração de um delito penal. Isso porque se tem em vista um dos principais momentos disponibilizado para que o réu exponha a sua versão sobre os fatos que lhe são imputados.

Ademais, analisa-se a importância para o Direito de fornecer segurança jurídica juntamente com a tecnologia, tendo como fim concretizar a justiça. Nesse sentido, objetiva-se discutir sobre os princípios da razoável duração do processo, economia processual, ampla defesa, contraditório, publicidade, e garantia do juiz natural e sobre outros atos processuais



pertinentes que são realizados mediante a videoconferência, considerando-a como um avanço tecnológico seguro e eficaz para os julgamentos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com uma contextualização que objetiva compreender o conjunto de situações que motivaram a edição da Lei nº 11.900/11 e suas consequências no procedimento penal.

Pretende-se no segundo capítulo, abordar uma discussão sobre em quais aspectos as modificações foram positivas e como é aplicado o sistema, na prática, tomando-se como base alguns doutrinadores e a lei em sua íntegra.

O terceiro capítulo pesquisa a atual situação do sistema carcerário brasileiro e apresenta a dificuldade de inserir o sistema de videoconferência nos presídios. Pode-se observar que, neste contexto, há uma necessidade de colaborar com o processo que lentamente vem crescendo e procurando espaço dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Apresenta-se um debate sobre a idealização e realização de projetos para que se cumpra o que vem descrito na “nova lei”.

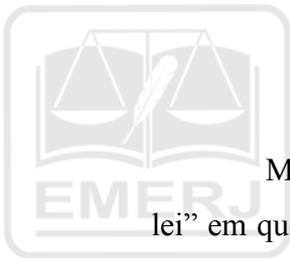
A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

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. CONTEXTUALIZAÇÃO DO SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei, nº 11.900/2009¹, que alterou o Código de Processo Penal prevê “a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência” procurou atender aos interesses dos Estados, em reduzir custos com movimentação dos acusados e a ampliação da segurança de juizes, promotores e da sociedade de forma geral, e dos advogados em manter a ampla defesa, e ainda que de forma indireta, o contato do acusado com o juiz.

¹BRASIL. *Lei nº 11.900*, de 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm>. Acesso em: 20 mai. 2018.



Mesmo sendo muitos os motivos que estimula o fluxo para o cumprimento da “nova lei” em questão, ainda pode-se dizer que apesar da tecnologia, da modernidade, uma evolução da própria sociedade, muitos ainda justificam que o interrogatório por videoconferência não poderá ser executado devido à maculação de alguns princípios constitucionais.

A Lei, nº 11.900/09, coloca em exposição dois lados que são requisitos que influenciam na decisão dos operadores do Direito. De um lado, tem-se a crise crescente dos direitos e garantias fundamentais dos réus encarcerados que para muitos juristas na aplicação do interrogatório por videoconferência existe a negação ao encarcerado de usufruir de seus direitos, ou seja, estariam sendo lesados os princípios consagrados pela Constituição Pátria, onde estão reservados seus direitos de ampla defesa e do contraditório; de outro lado segue sendo tratada a “nova lei” como um assunto que envolve a segurança nacional ou ainda como objeto de medida de clara economia, a segurança dos agentes que fazem a escolta.

Mas, como se pode aferir, essa complexidade cria, também, dentre outros, sérios desafios para colocá-la à disposição da justiça.

Para cumprimento e eficácia dessa “nova lei”, será necessário que todos os presídios sejam adequados ao sistema com a implantação de salas de videoconferência para a realização da audiência e que essas salas ofereçam todos os requisitos da lei, dentre eles a segurança.

O legislador acompanha a evolução tecnológica dos tempos modernos, e a alteração, ao passo em que eivada da função social busca garantir a ordem pública bem como a economia processual, sem agredir o contraditório e a ampla defesa.

Há uma grande discussão em que se alega violação do princípio do contraditório e do princípio da ampla defesa por não permitir ao réu o direito à presença física, pois as relações virtuais não possuem o mesmo caráter que relações efetivas, causando calorosos debates em virtude da alegação sobre tais princípios, os quais na visão de alguns juristas poderiam ser altamente manipulados, pela falta física do réu, como dito anteriormente.

Cita-se, aqui no contexto, o processualista penal, Fernando da Costa Tourinho Filho², esclarecendo em sua dissertação que o interrogatório por videoconferência (*on line*) viola também o princípio da publicidade, devido a distância existente entre o Juiz do interrogando, dificultando assim a percepção do magistrado, se o réu está ou não sofrendo ou poderá vir sofrer algum tipo de constrangimento até mesmo se está em processo de coação.

Visto, que o Brasil assinou e ratificou junto à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, este tipo de interrogatório seria apropriado, ou seja, o que por meio dos

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, p. 537.



pactos já acordados facilitaria o andamento de tantos processos, que ainda por falta de inúmeras razões ficam acumulados sem a devida solução.

Nesse sentido, percebe-se um estímulo à adoção das tecnologias audiovisuais na realização dos atos processuais, tendo em vista que esse sistema facilita a colheita das provas, auxiliando, principalmente, a repressão e o combate aos crimes transnacionais.

O uso do sistema de interrogatório por videoconferência é permitido, sendo portando, ressalvado em casos excepcionais, mas sempre sendo deixado ao critério do Juiz, o qual deve agir de acordo com a necessidade justificando e fundamentando seu parecer.

Mas o processualista acima mencionado, também avalia que a medida criteriosa evita fugas e produz uma economia ao Estado, pois o mesmo (Estado) gasta com os aparatos para a locomoção e segurança dos prisioneiros e de toda a sociedade em geral.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci³ mesmo reconhecendo as imensas dificuldades que atravessam os sistemas judiciário e carcerário e, ainda, a tarefa árdua de movimentar presos para serem ouvidos nos fóruns, não vê como aceitar o interrogatório *on line* (interrogatório por videoconferência), pois para Nucci é sinônimo de tecnologia, mas significa atraso no direito de defesa do réu.

A propósito, mais adiante em sua dissertação⁴, Guilherme Nucci, acrescentou que o ato processual do interrogatório é importante demais para ser banalizado e relegado ao singelo contato dos maquinários da tecnologia. Mostrando também que não é contrário ao progresso e ao desenvolvimento trazido pela informática, mas o autor defende um limite para tudo.

O referido autor, portanto, demonstra uma certa repulsa ao interrogatório por videoconferência, preza pela presença do réu nos locais para sua oitiva, mas, ao mesmo tempo, reconhece as dificuldades enfrentadas pelos sistemas judiciário e carcerário em manter o transporte, a escolta desses criminosos, que pela falta de recurso do Estado coloca em risco a vida de tantos agentes como também dos próprios prisioneiros e a sociedade.

Entretanto, com outra visão, o jurista Luiz Flávio Gomes⁵, por sua vez, defende que o governo economizará com o que seria gasto com o deslocamento dos presos do estabelecimento prisional ao fórum, portanto a lei atende aos interesses da justiça. E, além da economia com o transporte dos presos, o interrogatório por videoconferência impede que haja o resgate dos detentos no caminho para o fórum e os policiais que fariam as escoltas ficariam

³NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, São Paulo, p. 406.

⁴Ibid, p.407.

⁵GOMES, Luiz Flávio. *Videoconferência e os direitos e garantias fundamentais do acusado*. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30101-30464-1 PB.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2018.



livres para garantir a segurança pública. Arrebata o jurista, ainda, que a videoconferência economiza não só dinheiro público como também tempo, papel e serviço, uma vez que evita o envio de ofícios, requisições, precatórias, rogatórias etc.

Dando continuidade a esse raciocínio, Luís Flávio Gomes, defende que a distância espacial não impede a presença física (remota) do réu na audiência, não obstaculiza o diálogo. Todo ato é realizado perante a autoridade judiciária, não se viola o princípio do juiz natural nem a identidade física do juiz. Os advogados participam ativamente (sem limitações abusivas). Contra o réu não se exerce qualquer coação (princípio da liberdade de expressão).

A lisura do ato é garantida pela presença de dois defensores (um no presídio e outro no fórum). A presença do réu é física (real), embora remota. Ouve-se tudo, vê-se tudo. Não há restrição à interação. Sendo assim, acusado, defensores e juiz estão juntos. A participação de todos se dá em tempo real. A distância só é espacial, não temporal.

Contudo, mesmo tendo pontos divergentes, o Sistema da Videoconferência, desde que aplicado com proporcionalidade e razoabilidade do senso comum, parece ser um princípio muito além da mudança, qual seja, por ser uma forma de produção eletrônica do interrogatório, traz inúmeros benefícios ao Processo Penal.

2. CONTROVÉRSIA SOBRE OS PONTOS POSITIVOS DA LEI Nº 11.900/09 E A EXCEPCIONALIDADE DO SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA NO INTERROGATÓRIO

Como anteriormente comentado, existem as controvérsias sobre o tema em tela, mas seus pontos positivos também geram fatos a serem mencionados conforme alguns autores que defendem a excepcionalidade do sistema de videoconferência no interrogatório dentro dos presídios brasileiro, muitos defendem a agilidade e a economia aos cofres públicos, bem como a economia processual, dentre outras vantagens trazidas à luz do Direito.

Segundo Ronaldo Saunders Monteiro⁶, o interrogatório realizado por meio de videoconferência encontra duas correntes antagônicas sobre a sua utilização. A primeira, seguindo a visão da Teoria do Garantismo Jurídico, entende que o uso da videoconferência viola o direito fundamental da ampla defesa (técnica e autodefesa), devido principalmente a ausência do direito de presença física do interrogado, ou seja, uma dinâmica contraditória entre

⁶MONTEIRO, Ronaldo Saunders. *Introdução dissertação de mestrado*. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/3115/ronaldo-saunders-monteiro.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2018.



a declaração solene dos direitos fundamentais num ordenamento jurídico e o emprego dos meios necessários para a sua concretização. A segunda, de acordo com a ótica estadista, argumenta em defesa da videoconferência, com a diminuição das fugas, resgates, celeridade processual, economia orçamentária, etc.

Outro que também defende com sabedoria a implantação do sistema de videoconferência no Processo Penal, Laerte Junqueira de Andrade Neto⁷ ressalta, os principais benefícios gerados pela implantação do sistema de videoconferência no processo penal: Economia, segurança, celeridade na tramitação processual, redução na superlotação carcerária, integridade do conteúdo do interrogatório, publicidade do ato, dentre outros.

Quanto à economia, ressalta-se a poupança de recursos do Estado que poderão ser destinados para diversas áreas carentes de investimento, dentro até do próprio setor de segurança pública.

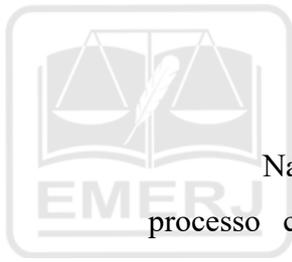
Já em se tratando de segurança, há proteção para o próprio acusado, às partes envolvidas no processo, aos agentes policiais responsáveis pelo transporte do preso e à sociedade em si, que não raro se depara com situações de risco oferecidas por tais deslocamentos de detentos, seja na cidade, seja no interior, facilitando fugas, emboscadas, tiroteios e acidentes veiculares, na maioria das vezes fatais.

É certo que há nítida celeridade na tramitação processual. Tanto na fase instrutória, na qual ainda se insere o interrogatório, quanto, inclusive, na posterior fase de execução da pena atribuída ao acusado, poderá se valer o juiz, o preso - maior interessado e grande beneficiário - bem como demais partes interessadas no processo.

Um outro ponto positivo é a manutenção da integridade do interrogatório, o qual será gravado em *compact disc* (CD-ROM) e arquivado, podendo ser revisto por novo juiz que eventualmente venha a substituir aquele que presidiu a instrução, em prestígio aos princípios do juiz natural e da identidade física do juiz, bem como pela turma julgadora de recurso em instância superior.

Vale destacar que com o efetivo uso do sistema de videoconferência evita-se a expedição de cartas precatórias para interrogar réu preso em comarca diversa da que o juiz se encontra, procedimento reconhecidamente lento e, por vezes, insatisfatório.

⁷ANDRADE NETO, Laerte Junqueira. *Interrogatório por videoconferência*. Disponível em: <http://www.emerj.tj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_190.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.



Na seara territorial, impede-se a decretação da revelia e da resultante suspensão do processo com o comparecimento virtual do preso perante o magistrado, o que seria impossibilitado em casos de dificuldades geográficas, financeiras ou de saúde do acusado.

A publicidade do ato pode ser ampliada, pois a disponibilização da videoconferência na internet permitirá o acesso ilimitado da população ao conteúdo do interrogatório, não sendo impedida, contudo, a livre entrada do público na sala de audiência do fórum onde se encontre o magistrado interrogante, podendo ser assistida a transmissão do ato em um telão no qual esteja sendo projetado.

Os modernos aparelhos destinados à realização da modalidade de videoconferência baseada em estúdio – sala devidamente preparada e equipada – permitem a máxima captação de sons e imagens em seus mínimos detalhes e em tempo real, não deixando passar à percepção do magistrado as reações do réu, bem como, ainda que se descuide em sua atenção, o juiz poderá rever o ato pontualmente, graças à já dita gravação em CD-ROM.

Quanto à dignidade humana, fundamento principal da Carta Magna de 1988, mostra o valor referendado pelo constituinte ao se tratar do ser humano. Não é um valor apenas social, mas, e, principalmente, moral e ético para com o homem, então, o constrangimento do apenado diante da família, da sociedade é grande, pois sua dignidade é lesada no instante em que se locomove para seu destino (fórum) no momento de seu interrogatório, críticas, palavras ofensivas e dependendo do crime praticado a humilhação pública, diante dos holofotes da imprensa, mostrando que o acusado (réu), mesmo não sendo ainda condenado, por um Tribunal de Júri competente é lesado pela tecnologia (celulares), modernidade tão criticada por certos juristas, que se colocam contrários ao uso da videoconferência em presídios.

Ora, parece que aqueles os quais se colocaram contrariamente ao sistema tecnológico presentemente defendido para adentrar o meio jurídico, se esquecem dos sofrimentos e humilhações permanentemente relatados pelos presos quando da sua condução física ao fórum. Os constrangimentos partem desde a falta de alimentação do aprisionado, que de várias vezes só consumiu o jantar da noite anterior, até, por muitas vezes proposital, gracejo dos condutores dos veículos que os transportam em vê-los sacudindo e sendo jogados dentro da “gaiola” em que permanecem. Diante do exposto, o réu chega abalado física e psicologicamente para prestar seu depoimento no interrogatório, transportado sem ventilação ou segurança, não se alimentando como o devido e tendo que ficar esperando, muitas vezes, por horas até ser interrogado. Acredita-se assim, inclusive, que seja de interesse da maior parte dos acusados presos valer-se do “teleinterrogatório”, caso seja a eles dada tal opção.



A permissão do interrogatório por videoconferência ainda era debatida em face dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário: Convenção de Palermo⁸, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁹, Pacto de São José da Costa Rica e Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹⁰, sendo tais normas usadas concomitantemente como argumento favorável e desfavorável ao uso da videoconferência nos interrogatórios. Assim, ainda persistia a controvérsia.

A edição da Lei nº 11.900/09 parece ter sanado a polêmica, ao menos sobre a constitucionalidade formal, ao regular a matéria em todo o país. Prevalecem, entretanto, as discussões sobre a constitucionalidade material e divergentes são os entendimentos acerca da violação das garantias constitucionais e do devido processo legal. Por certo, as discussões no mundo jurídico sempre existirão mesmo quando um determinado assunto se dá como pacificado.

Ressalta-se que para a realização da videoconferência o juiz pode agir de ofício ou a requerimento das partes. Pode ser utilizado o sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico semelhante. Segundo Gomes¹¹, essa previsão legal é correta porque são incontáveis os avanços tecnológicos. Todas as modernas tecnologias futuras poderão ser utilizadas, o que vai determinar o uso é a capacidade do Poder Público de ser contemporâneo.

Na prática, em regra o ato deve ser realizado com a presença física do réu no local do próprio ato (ou no presídio ou no fórum). Conforme a lei, a realização de qualquer ato processual por videoconferência é excepcional, dessa forma o juiz deve fundamentar a sua necessidade. Aliás, há uma discussão referente ao rol do §2º do art. 185 do Código de Processo Penal, se se trata de um rol exemplificativo ou um rol taxativo.

Especificamente, no caso da utilização da videoconferência, pode-se dizer que a questão é de fundamentação vinculada, já que o Estatuto Processual vigente enumera, taxativamente, as hipóteses de cabimento da excepcional medida. De acordo com Renato Brasileiro de Lima¹², como deixa claro o §2º do art. 185 do CPP, a realização de qualquer ato processual por videoconferência é excepcional. Em regra, o ato deve ser realizado com a presença física do réu. Excepcionalmente, o ato poderá ser realizado por videoconferência. Para

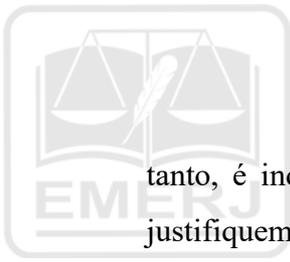
⁸Brasil. *DecretoLei nº 5.015*, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2004/decreto/d5015htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

⁹Brasil. *Decreto nº 592*, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

¹⁰Brasil *Decreto nº 678*, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

¹¹ GOMES, op. cit., nota 5.

¹²LIMA, Renato Brasileiro. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 660.



tanto, é indispensável que o juiz aponte sua necessidade, apontando motivos concretos que justifiquem a realização excepcional da videoconferência. Essa motivação é vinculada, na medida em que a própria lei elenca as hipóteses de cabimento do ato.

Ademais, segunda a doutrina de Aury Lopes Meirelles¹³ “Para que o interrogatório seja realizado por videoconferência, deve existir uma decisão judicial fundamentada, da qual serão intimadas as partes com, no mínimo, 10 dias de antecedência. Trata-se de medida salutar para permitir o controle dos critérios de excepcionalidade e necessidade por meio de ações autônomas de impugnação do habeas corpus ou mandado de segurança (conforme o caso e fundamentação)”.

Vale lembrar que outro benefício do interrogatório por videoconferência é a presença da testemunha e da vítima, que muitas vezes deixam de narrar os fatos por estarem frente a frente com seu algoz, por medo de retaliação dos interrogados, ambas testemunha e vítima sentem receios por elas e pela própria família.

Portanto, além da economia gerada ao Estado, dentre outros benefícios mencionados, o interrogatório por videoconferência trará ao sistema jurídico a possibilidade de mais verdade aos depoimentos das testemunhas e a realização de justiça para as vítimas, evitando o confronto entre eles.

A lei oferece garantias para a realização constitucional de atos processuais pelo sistema de videoconferência. Assim, conforme dispõe o §6º do art. 185 do CPP, a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores (dos presídios), juiz da causa, Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil.

O sistema de videoconferência é uma forma de contato direto (pessoal), não necessariamente no mesmo local (como sublinhou Ellen Gracie¹⁴). Além de não haver diminuição da possibilidade de se verificarem as características relativas à personalidade, condição sócio-econômica, estado psíquico do acusado, entre outros, por meio de videoconferência, é certo que há muito a jurisprudência admite o interrogatório por carta precatória, rogatória ou de ordem, o que reflete a ideia da ausência de obrigatoriedade do contato físico direto entre o juiz da causa e o acusado, para a realização do seu interrogatório ”.

¹³MEIRELES, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 650.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91.758*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7014605>>. Acesso em: 08 mai. 2018.



A lei brasileira permite que o juiz pratique o interrogatório dentro dos presídios. Mas isso só é possível quando houver segurança. Até hoje os juízes resistem porque, devido a realidade atual, não se sentem seguros no interior dos presídios.

Segundo o jurista Flávio Gomes¹⁵, a informatização do Judiciário, em sua plenitude, não é uma questão de utilidade, sim, de necessidade. Ele cita o caso "mensalão" e morosidade na fase dos interrogatórios, afirmando ser um absurdo, pois demonstra, de forma inequívoca, o quanto está atrasado o Poder Judiciário brasileiro.

Como visto, uma das finalidades do interrogatório por videoconferência é prevenir o risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento, tendo em vista que todo transporte de preso gera risco para a segurança pública. Todavia, não é esse risco genérico que justifica o uso da videoconferência. O risco deve ser fundamentado na suspeita fundada de que o preso integra organização criminosa (réu já acusado formalmente de pertencer ao PCC, por exemplo). O outro fundamento é o de que pode o réu fugir durante seu deslocamento de acordo com fortes indícios apurados.

É muito comum existir entre as partes um ranço. Isso pode gerar influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima. Logo, 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 do seu defensor.

Nota-se que a videoconferência pode ser utilizada não só para o interrogatório, mas também para outros atos processuais, aos quais o preso conta com o direito de estar presente. A rigor, a qualquer ato processual probatório que venha a ser realizado no fórum conta o preso com o direito de estar presente fisicamente o que justifica a transmissão via videoconferência

Percebe-se, portanto, que são muitos os argumentos favoráveis ao uso da videoconferência na Justiça criminal. O argumento desfavorável mais repetido é o de que a videoconferência se impede o contato físico do réu com o juiz e prejudica o direito de ampla defesa. No entanto, não é o interrogatório realizado pelo método virtual que vai privar o réu das suas garantias fundamentais, pois não interessa o método, e, sim a forma como o método é aplicado na prática.

¹⁵GOMES, Luiz Flávio. *Videoconferência: Comentários à Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>. 12 de janeiro de 2009>. Acesso em: 08 mai. 2018.



3. A CRISE CARCERÁRIA E A INSERÇÃO DO SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA NOS PRESÍDIOS

No ano de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou uma ADPF com pedido de liminar requerendo ao STF a declaração da situação atual do sistema penitenciário brasileiro como de violação dos preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, dos direitos fundamentais dos detentos.

Na petição inicial, que foi subscrita pelo constitucionalista Daniel Sarmento¹⁶, defendeu-se que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional". Em razão disso, requereu-se que a Corte determinasse providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos.

Em síntese, de acordo com as lições de Carlos Alexandre de Azevedo¹⁷ o Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais causados pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional.

Além do mais, destaca o jurista que quando é reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional haverá uma potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados recorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

É notório que a realidade do sistema penitenciário brasileiro é preocupante. Há má administração, superlotação, condições insalubres e rebeliões. As penas privativas de liberdade aplicadas acabam sendo penas cruéis e desumanas. Os cárceres brasileiros, ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se, ao contrário, fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de reféns do próprio passado. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência, sendo que o reincidente passa a cometer crimes cada vez mais graves.

Por isso, o STF decidiu conceder, parcialmente, a medida liminar e deferiu a implementação das audiências de custódia e a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional para a utilização na finalidade para a qual foi criado.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 10 out. 2018.

¹⁷CAMPOS, 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: 10 out. 2018.



Percebe-se, nesse contexto, que existe uma lei voltada para a modernidade em vigor há quase uma década enquanto, atualmente, existe um sistema carcerário desumano, arcaico. Talvez seja por isso que a inserção do sistema de videoconferência é um processo lento e burocrático no Brasil.

Apesar de se tratar de uma questão complexa, pode-se afirmar que a solução para a superlotação carcerária são os julgamentos mais rápidos, pois muitos dos presidiários são provisórios. Ademais, a prisão é um local para ressocialização, ou seja, ela não pode estar lotada de pessoas que ainda não foram consideradas culpadas.

Segundo Gilmar Mendes em entrevista para a BBC Brasil em janeiro de 2017¹⁸, durante os mutirões no Espírito Santo, foi encontrado um cidadão preso há 11 anos sem julgamento e no Ceará outro cidadão preso há 14 anos sem julgamento. Isso, para o jurista “é uma casa de horrores”.

Ademais, é sabido que o Estado não tem efetivo e nem conta com numerário suficiente para garantir a locomoção dos réus ao seu destino para serem interrogados e essa falta de recursos dá lentidão aos processos que se empilham nas mesas dos magistrados, ou seja, gerando uma justiça lenta e tardia, uma aglomeração no sistema carcerário.

Vale destacar uma reflexão: será possível que os presídios brasileiros superlotados, onde o preso não tem ao menos uma cama para dormir, está preparado para receber uma sala com aparatos de tecnologia? É certo que as políticas públicas não alcançam as necessidades da população, inclusive a população carcerária e a falta de investimento em tecnologia prejudica todos os setores.

Diante de todo o exposto, percebe-se que além de todos os pontos positivos já analisados o uso do sistema de videoconferência evita a injusta demora na revisão processual dos encarcerados que aguardam pela sua correta libertação ou progressão de pena. É nesse sentido que, conseqüentemente, haverá diminuição na superlotação carcerária a medida que os processos forem agilizados.

Por fim, pode-se ter certeza de que o sistema de videoconferência é um dos meios capazes de fornecer a celeridade da tramitação processual, e, assim, proporcionar ao apenado a garantia da sua dignidade humana enquanto presidiário. Portanto, configura uma das soluções para a crise do sistema carcerário brasileiro.

¹⁸ BBC NEWS. *A questão não se resolve com construção de presídios” diz Gilmar Mendes sobre crise penitenciária*. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

Ressalta-se que para o cumprimento e eficácia do sistema de videoconferência é necessário que os presídios sejam adequados para a implementação de salas de videoconferência para a realização das audiências. Entretanto, apesar de já ter se passado quase uma década desde a entrada em vigor da legislação pertinente, atualmente, no sistema carcerário brasileiro, a prática de interrogatório do acusado por videoconferência não é usada de forma ampla e eficaz.

Conforme analisado no decorrer deste trabalho todas as modificações, vêm ao encontro dos anseios e expectativas da comunidade jurídica nacional.

A realização de qualquer ato processual por videoconferência é excepcional. Dessa forma, o juiz deve fundamentar a necessidade de acordo com as diretrizes positivadas na legislação pertinente. Portanto, podemos concluir que a decisão do juiz sobre a realização da videoconferência é vinculada.

Verifica-se que o interrogatório do réu por meio da videoconferência é constitucional, não viola os direitos e garantias fundamentais do acusado. O uso dessa tecnologia beneficia todo o sistema acusatório, tendo em vista que garante um processo penal justo e equitativo com observância de todas as garantias do réu.

Dessa forma, na prática, o uso da tecnologia no processo penal, desde que respeitadas as garantias fundamentais do réu, assegura um comando constitucional que é a efetividade do processo. Assim, a rápida solução do litígio, bem como a efetiva entrega da prestação jurisdicional contribuem para garantir a essência de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, o objetivo do interrogatório em tempo real não é só a agilização, a economia e a desburocratização da justiça, sendo também a segurança da sociedade, dos defensores, dos presos, das testemunhas, das vítimas e do juiz, do representante do Ministério Público. Não se trata de privilegiar só o indivíduo ou a justiça, senão também a sociedade. Ademais, ignorar a videoconferência em detrimento da modernização do judiciário é ignorar a própria eficiência.

Por fim, deve-se lembrar que para o Direito é de suma importância trazer segurança jurídica, tendo como fim concretizar a justiça.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Videoconferência: princípio da eficiência “versus” princípio da ampla defesa (direito de presença)*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/>>. Acesso em 03 abr. 2018.



BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/compila.do.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. *Decreto-lei n.º 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. *Decreto-lei n.º 3.689*, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. *Decreto n.º 592*, de 06 de julho de 1992. Brasília Presidência da República do Brasil. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 17 out 2018.

_____. *Decreto n.º 678*, de 06 de novembro de 1992. Brasília Presidência da República do Brasil. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. *DecretoLei n.º 5.015*, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. *Lei n.º 11.900*, de 8 de janeiro de 2009. Brasília presidente da República do Brasil 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2009/Lei/L11900.htm>. Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 91.758*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7014605>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

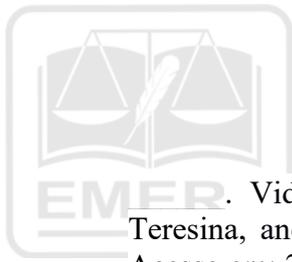
BBC NEWS. *A questão não se resolve com construção de presídios” diz Gilmar Mendes sobre crise penitenciária*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

CAMPOS, 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: 10 out. 2018.

CARDOSO, Flávio. *Interrogatório por videoconferência*. Disponível em: <<https://flaviocardosoab.jusbrasil.com.br/artigos/112232345/interrogatorio-por-videoconferencia>>. Acesso em: 04 set. 2018.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *Noções de direito processual penal à luz de alguns de seus princípios*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4997 &p=1>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. *Videoconferência: Comentários à Lei n.º 11.900, de 8 e janeiro de 2009*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 03 out. 2018.



_____. Videoconferência: Lei nº 11.900/2009. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2028, 19 jan. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12227>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

_____. *Videoconferência e os direitos e garantias fundamentais do acusado*. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30101-30464-1_PB.pdf/>. Acesso em: 29 mai. 2018.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 56, ano 13, setembro-outubro de 2005, p. 80-112.).

LIMA, Renato Brasileiro. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 660.

MEIRELES, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. F. *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

_____. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 10. ed., 2000.

_____. *Código de Processo Penal Interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTEIRO, Ronaldo Saunders. *Introdução dissertação de mestrado*. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/3115/ronaldo-saunders-monteiro.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

ANDRADE NETO, Laerte Junqueira. *Interrogatório por videoconferência*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_190.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva.

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE CARÁTER ANTECEDENTE TRAZIDA PELO CPC/15

Cyro Oliveira Padilha

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo – a tutela antecipada requerida em caráter antecedente é inovação processual trazida pelo Novo Código de Processo Civil, que permite ao advogado e à parte que demandem em casos de urgência a provocação do judiciário de forma menos burocrática e célere, além de ter seus efeitos passíveis de estabilização, em caso de não impugnação via recurso, o que evidencia acerto legislativo no tocante ao prestígio do princípio do acesso à justiça, da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional. Todavia, a forma de ocorrência da estabilização dos efeitos dessa decisão é tema criticado, uma vez que o legislador exige a interposição de um recurso para obstá-la, o que colide com a opção política de desestímulo do uso de recursos desnecessários ou infundados, adotada pelo CPC/15, afinal, a parte não recorrerá por conta do mérito em si, mas para ver impedida a formação da estabilidade da decisão recorrida. Por fim, não se podem confundir os efeitos da estabilização da tutela de urgência, com os da coisa julgada material, haja vista que fundados em razões distintas, porém de acordo com os princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico, como o da boa-fé processual e o da segurança jurídica.

Palavras-chave – Processo Civil. Tutela Antecipada. Estabilização.

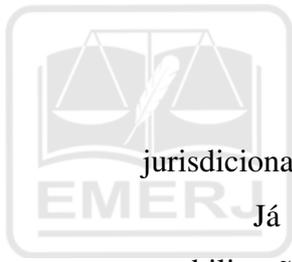
Sumário – Introdução. 1. Da monitorização genérica que confere à decisão estabilidade e seu consequente efeito prático em face do jurisdicionado. 2. Crítica à forma legal para estabilização da tutela provisória antecipada em caráter antecedente. 3. A estabilização da tutela antecipada de caráter antecedente não se confunde com a coisa julgada material. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da Tutela Provisória, mais precisamente no tocante à possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, verdadeira inovação processual que visa o atendimento mais eficiente do jurisdicionado.

Para tanto, foram abordadas diversas posições doutrinárias, bem como um recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, no qual é possível visualizar que a Corte da Cidadania aponta no sentido de que a estabilização da tutela poderá ser obstada por meio de qualquer ato de impugnação judicial, como a apresentação de contestação.

Consignou-se no primeiro capítulo, que essa eficiência é produto do sistema de monitorização genérica, isto é, uma vez não impugnada a decisão que defere a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, tal decisão torna-se estável, encerrando-se ali o processo – que, muitas vezes, ficava abandonado –, gerando maior segurança jurídica ao



jurisdicionado que, dificilmente, será surpreendido em razão da mesma questão.

Já no segundo capítulo, o objeto de estudo foi a análise da forma como a estabilização da decisão da tutela antecipada, concedida em caráter antecedente, ocorre, bem como das críticas realizadas pela doutrina em decorrência dessa forma de estabilização, por conta de sua contradição com a sistemática do CPC/15, que desestimula recursos protelatórios.

No terceiro capítulo, o escopo foi a avaliação e comparação dos efeitos da aludida estabilização com os da coisa julgada material, demonstrando-se a legitimidade, harmonia e diferença entre eles, e a sua total consonância com os princípios constitucionais do Contraditório, Ampla Defesa, Segurança Jurídica, Boa-fé Processual e Evolução dos Atos Processuais.

Em sede de conclusão, aplaudiu-se o acerto legislativo decorrente da inovação trazida pelo novel *codex* processual, especialmente pela desburocratização na forma da obtenção da tutela de urgência, por meio da redução de obstáculos à provocação do judiciário, bem como pela possibilidade de estabilização da decisão que defere a tutela provisória de urgência, prestigiando-se os princípios do Acesso à Justiça e da Segurança Jurídica, respectivamente. Como crítica, observou-se o equívoco do novo instituto quanto ao modo de inviabilizar a estabilização, isto é, o mesmo código que veda recursos protelatórios, exige a interposição de um recurso para que se configure a pretensão resistida e, conseqüentemente, seja obstada a dita estabilização, quando existem outras formas mais adequadas de oferecer a aludida resistência, como, por exemplo, o oferecimento da contestação.

Por fim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica foi necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador se valeu 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. DA MONITORIZAÇÃO GENÉRICA QUE CONFERE À DECISÃO ESTABILIDADE E SEU CONSEQUENTE EFEITO PRÁTICO EM FACE DO JURISDICIONADO

O Novo Código de Processo Civil, ao dispor sobre a tutela provisória, trouxe algumas novidades, dentre elas a possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, tema disciplinado nos artigos 303 e 304, do Código de Processo Civil, de 2015.



Para melhor entendimento da delimitação do tema, necessário uma breve distinção entre as possibilidades de concessão de tutela provisória trazidas pela novel legislação processual.

Consoante disposto no art. 294, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil, a tutela provisória poderá se fundar em urgência ou evidência e, no primeiro caso, subdividir-se-á em tutela provisória de urgência cautelar ou antecipada, de caráter antecedente ou incidental. Da mesma forma, ensina o professor Alexandre Freitas Câmara¹, *in verbis*:

tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária (isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza). Podem fundar-se em urgência ou em evidência (daí por que se falar em tutela de urgência e em tutela da evidência).

(...)

A tutela provisória de urgência pode ser requerida em caráter antecedente ou incidente (art. 294, parágrafo único).

(...)

A tutela de urgência pode ser cautelar ou satisfativa (esta também conhecida como tutela antecipada de urgência), nos termos do que dispõe o art. 294, parágrafo único.

Dentre as mencionadas possibilidades, far-se-á o estudo da tutela de urgência antecipada de caráter antecedente, cuja urgência do requerimento é tamanha que se busca a prestação jurisdicional de natureza satisfativa antes mesmo da dedução da demanda principal, vindo a tutela a ser concedida caso observados os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, conforme leciona o Alexandre Freitas Câmara², nestes termos:

ambas as modalidades de tutela de urgência, portanto, têm como requisito essencial de concessão a existência de uma situação de perigo de dano iminente, resultante da demora do processo (*periculum in mora*) [...].

O *periculum in mora*, porém, embora essencial, não é requisito suficiente para a concessão de tutela de urgência. Esta, por se fundar em cognição sumária, exige também a probabilidade de existência do direito [...].

(...)

O requerimento de tutela de urgência antecedente, porém, se submete a normas específicas, já que formulado em um momento anterior àquele em que se deduz a demanda principal. [...].

A primeira grande utilidade trazida pelo novo procedimento previsto nos artigos 303 e 304, do Código de Processo Civil, diz respeito à busca de um procedimento simplificado

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2016. p. 176.

² *Ibid.*, p. 177-178, 181



para atendimento da demanda que tem urgência contemporânea à propositura da ação, reduzindo-se, para tanto, o longo rol de requisitos para ajuizamento da ação – art. 319 e seguintes, do CPC/15 – atendendo de forma efetiva o jurisdicionado que ver sua urgente questão obstada por empecilhos meramente formais.

O legislador reconhece que tais casos demandam extrema urgência, admitindo que o autor limite sua inicial ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, além de uma sumária exposição da lide, do direito visado e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Para melhor ilustrar o ponto, recorre-se uma vez mais a Alexandre Freitas Câmara³, confira-se:

o procedimento previsto nos arts. 303 e 304 será empregado apenas naqueles casos em que “a urgência for contemporânea à propositura da ação”, hipótese em que, havendo urgência extrema, poderá o demandante limitar-se a, na petição inicial, requerer a tutela de urgência satisfativa, com a indicação do pedido de tutela final, a exposição sumária da causa, do direito que se busca realizar e da situação de perigo de dano iminente (art. 303), além do valor da causa (art. 303, § 4o). Tem-se aí uma previsão que será muito útil, por exemplo, naqueles casos em que a necessidade de se propor a demanda surge fora do horário normal do expediente forense, quando a petição inicial muitas vezes tem de ser elaborada às pressas para ser examinada em primeiro lugar por um juiz plantonista [...].

E exemplifica o autor⁴:

imagine-se, por exemplo, o caso de alguém que, passando mal durante a madrugada, precisa ser submetido a uma cirurgia de emergência e, por qualquer razão, a operadora de seu plano de saúde não autoriza a intervenção. Seria um rematado absurdo exigir do demandante (e de seu advogado) a elaboração de uma petição inicial completa, formalmente perfeita, que preenchesse todos os requisitos impostos por lei. Pois é fundamental que a lei processual admita, em casos assim, uma petição inicial “incompleta”, mas que se revele suficiente para permitir a apreciação do requerimento de tutela de urgência satisfativa.

A concessão de tutela antecipada em caráter antecedente pode, ainda, estabilizar-se, caso não seja interposto, pelo demandado, recurso da decisão que a materializou, como preconiza o art. 304, *caput*, do CPC/15. Estabilizada a decisão, extinguir-se-á o processo, sem resolução de mérito, nos termos do §1º, do aludido dispositivo legal, podendo a questão ser novamente ventilada por meio de nova ação, que terá o prazo decadencial de 2 anos.

³ Ibid., p. 181

⁴ Ibid.



Nessa senda, tem-se que a estabilização da tutela antecipada de caráter antecedente decorre da monitorização genérica oriunda do direito processual brasileiro, isto é, da inatividade do réu nascem efeitos práticos, como ensina o professor Fredie Didier Jr.⁵, *in verbis*:

a estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu.

(...)

Sucedem que, ao mesmo tempo em que mantém e amplia a ação monitoria, o legislador vai além e generaliza a técnica monitoria, introduzindo-a no procedimento comum para todos os direitos prováveis e em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente.

O modelo da ação monitoria (arts. 700 a 702, CPC) deve ser considerado o geral – é possível, inclusive, pensar em um microsistema de técnica monitoria, formado pelas regras da ação monitoria e pelos arts. 303 a 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam reciprocamente

Com isso, o legislador permite que o autor, caso preenchidos os requisitos de estabilização da tutela, opte por continuar com o processo para obter um provimento definitivo, oriundo da cognição exauriente, ou então, vendo sanada sua urgente questão, aceite de bom grado a estabilização da decisão, cessando ali o processo, afastando-se, portanto, a imposição de que siga litigando.

Dessa forma, a novel legislação processual, em atendimento aos princípios da Celeridade e da Efetividade da Prestação Jurisdicional, atenta à demanda social, trouxe em seu corpo uma forma célere, prática e eficiente de sanar os conflitos mais urgentes, desburocratizando o acesso ao judiciário e permitindo soluções de pronto efeito prático, sem mais delongas e, por via de consequência, garante maior efetividade ao princípio do acesso à justiça, direito de todos, sob pena de violação ao princípio da isonomia, estampado no art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que todos são iguais perante a lei.

2. CRÍTICA À FORMA LEGAL PARA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Em que pese o mencionado acerto da novel legislação processual no tocante à

⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 568.



desburocratização do acesso ao poder judiciário, permitindo que a demanda se encerre logo no seu início, em prestígio ao princípio da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional, certo é que a forma de estabilização poderia ter sido objeto de maior cuidado do legislador.

Nessa senda, o artigo 304, caput, do CPC, disciplina que o réu, para evitar a estabilização, deverá manejar o competente recurso para obstar a estabilização. Ocorre que tal previsão vai de encontro com a sistemática do codex em análise, cuja nova redação traz uma política de desestímulo à interposição de recursos protelatórios, como no caso da possibilidade de majoração dos honorários advocatícios fixados em 1º grau (honorários recursais) e da imposição de multa decorrente de agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente, ou seja, o grande objetivo é que os recursos apenas sejam utilizados quando realmente necessários.

Contudo, na contramão da mencionada sistemática, o novo Código de Processo Civil acabou impondo ao réu a obrigação de recorrer, ainda que essa não seja a sua intenção inicial, pois se assim não fizer, verá a decisão concessiva do pleito liminar se estabilizar.

Essa crítica pode ser encontrada, dentre outras, na obra de Daniel Amorim Assumpção Neves⁶, que assim dispõe:

segundo a previsão do art. 304, caput, do Novo CPC, a tutela antecipada concedida anteriormente só não se estabiliza na hipótese de interposição de recurso pelo réu, que embora não esteja indicado expressamente no dispositivo legal, é o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I, do Novo CPC. A redação legal está longe de ser a mais adequada.

A crítica do professor decorre do fato de que a imposição, ao réu, do dever de recorrer para não ver a decisão proferida em sede de julgamento de tutela antecipada antecedente se estabilizar, viola a própria *ratio essendi* do novo instituto, no sentido de que a lei impõe resistência à decisão para que ela não se estabilize. Portanto, para obstar o fenômeno da estabilização, bastaria qualquer forma de impugnação, seja ela dirigida ao juízo de 1º ou 2º grau, pois, afinal, o réu poderia ter um interesse inicial de levar suas razões ao juízo prolator do *decisum*, onde poderia obter o provimento necessário à revogação da tutela antecedente.

Nesse contexto, uma vez mais se recorre a doutrina do ilustre Dr. Daniel Amorim

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: jus Podivm, 2016. p. 1011.

Assumpção Neves⁷:

poderia o dispositivo prever qualquer espécie de resistência, inclusive a meramente incidental oferecida perante o juízo que concedeu a tutela antecipada. Não tem sentido a legislação obrigar o réu a recorrer quando na realidade ele pretende somente se insurgir no próprio grau jurisdicional onde foi proferida a decisão. É a própria lógica do sistema que aponta nessa direção porque a própria razão de ser da estabilização é o réu deixar de se insurgir contra a tutela provisória concedida.

Assim, o referido doutrinador⁸ entende que o intérprete deveria ler “impugnação” onde está escrito “recurso”, bem como destaca em sua nota de rodapé que há posição divergente, confira-se:

por outro lado, se o objetivo do sistema é a diminuição do número de recursos, a interpretação literal do art. 304, caput, do Novo CPC, conspira claramente contra esse intento. Resta ao intérprete dizer que onde se lê ‘recurso’ deve se entender ‘impugnação’, criticando-se o legislador por ter preferido a utilização de espécie (recurso) em vez do gênero (impugnação)⁹

Embasando seu posicionamento, o professor Daniel Amorim defende, ainda, que mesmo o réu sendo intimado e citado para comparecer à audiência de conciliação – sendo apenas posterior o momento da apresentação de contestação –, nada impede que antecipe a defesa, o que, por si só, já evidenciaria a demonstraria interesse no prosseguimento da demanda e obstaculizaria a estabilização da tutela.

Esse posicionamento vai de encontro ao entendimento defendido por Daniel Mitidiero e Fredie Didier¹⁰, inclusive no sentido de que, mesmo não apresentando a defesa, pode o réu peticionar manifestando o interesse na audiência de conciliação, o que demonstra a inequívoca intenção de que o processo siga seu curso regular, ao invés de ser extinto por conta da estabilização, como preconiza o art. 304, §1º, do CPC.

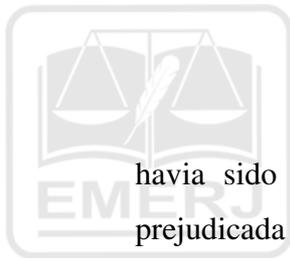
Instado, no curso do presente estudo, a se manifestar, o Superior Tribunal de Justiça – STJ se viu debruçado diante de uma situação em que o juízo de primeiro grau, após o recebimento da contestação, revogou a decisão concessória da Tutela Antecipada, a qual não

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Mencionando posição contrária, no sentido de que é necessária a interposição de agravo de instrumento e não qualquer impugnação, Daniel Amorim cita CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2016, p. 165.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. p. 789.



havia sido objeto do recurso de agravo de instrumento. Diante desse cenário, a parte prejudicada pela revogação da tutela provisória impugnou a decisão, via recurso de agravo de instrumento, arguindo justamente a estabilização do provimento revogado, pois este não teria sido alvejado pelo meio adequado, ocasião na qual o TJSP manteve o entendimento do juízo singular, sendo o acórdão objeto de recurso especial.

Ato contínuo, o STJ, em sede de julgamento de recurso especial¹¹, decidiu que os dispositivos legais que disciplinam a matéria devem ser analisados sob a ótica das interpretações sistemática e teleológica, buscando, justamente, atingir o fim colimado pelo legislador ao inovar no ordenamento processual, isto é, havendo qualquer tipo de impugnação, a estabilização não ocorrerá, sob pena de estimular-se a interposição de recursos de agravo de instrumento e ações autônomas para rever, reformar ou invalidar a decisão estabilizada, onerando, desnecessariamente, os tribunais competentes para o processamento e julgamento dos recursos e os juízos competentes para processamento e julgamento das ações.

O mencionado *decisum*¹² assim foi ementado:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

Quanto aos principais fundamentos, alhures mencionados, que levaram a *ratio decidendi* do STJ, segue trecho do Acórdão¹³:

3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso", a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrearregando desnecessariamente os

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.760.966*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1760966&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

Diante do exposto, as ponderações acerca da forma de ocorrência da estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente são razoáveis e estão em consonância com a interpretação sistêmica e com a *ratio* do próprio instituto, e serão de grande valia no cotidiano do operador do direito, ressaltando que o advogado precavido deverá observar a letra da lei para evitar percalços, ao menos até que os tribunais, especialmente os superiores, tenham mais tempo para amadurecer e sedimentar jurisprudência sobre o tema, exercendo a sua função de uniformização, a qual, conforme o precedente retro exposto, já caminha no sentido de que qualquer ato de impugnação está apto a obstar a estabilização.

3. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE CARÁTER ANTECEDENTE NÃO SE CONFUNDE COM A COISA JULGADA MATERIAL

Uma das principais controvérsias sobre o tema do presente estudo, em especial no tocante à estabilização dos efeitos da tutela antecipada de caráter antecedente cinge-se a divergência acerca do seu regime jurídico, uma vez que o §1º, do art. 304, do CPC¹⁴ disciplina que a ausência de impugnação a esse provimento judicial gera a estabilização dos efeitos da tutela e a consequente extinção do processo.

A novel legislação processual civil não trouxe ou em seu corpo indicação de qual seria a natureza jurídica desse ato processual. Tomando para si tal função, a doutrina passou a firmar teses, sendo uma delas baseada no artigo 203, do CPC¹⁵, cujo conteúdo dispõe sobre os critérios de identificação dos pronunciamentos do juiz, isto é, fundamenta-se que se a decisão tem o condão de por fim à fase cognitiva do processo, tem ela natureza de sentença com resolução de mérito (art. 487, I, CPC¹⁶).¹⁷

Em sentido diverso, há entendimento que defende tratar-se de sentença terminativa, com mero intuito de viabilizar o arquivamento dos autos, como ocorre com o provimento que põe fim à execução, nos moldes do art. 924, do CPC¹⁸, o que parece ser o melhor

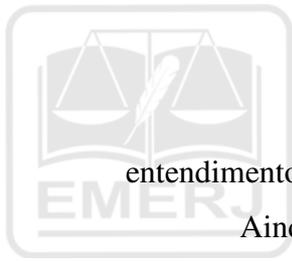
¹⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015. V. 2. p. 216.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.



entendimento¹⁹, já que estabilizada a decisão, a extinção do processo é medida que se impõe.

Ainda mais relevante que a natureza jurídica da decisão que concede a tutela provisória antecedente passível de estabilização, é a discussão sobre a qualidade dos efeitos dessa estabilidade.

O art. 304, §5º, do CPC²⁰ prevê que “o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no §2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da decisão que extinguiu o processo”, enquanto que o §6º²¹ informa que “a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada”, podendo, nos termos do §2º²² do mesmo dispositivo, qualquer das partes demandar contra a outra no intuito de rever, reformar ou invalidar a decisão. Somando-se a tais regras, tem-se no §3º²³ norma disciplinando que os efeitos da tutela serão conservados, enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito, proferida na nova ação a ser proposta em 2 anos.

Sobre a referida controvérsia, existem ao menos 4 correntes doutrinárias.

A primeira, no sentido de que a decisão que defere a tutela antecipada não faz coisa julgada propriamente dita, sendo certo, contudo, que se não houver ajuizamento da ação prevista no §2º, do art. 304, do CPC²⁴, a estabilidade se tornará definitiva, passando a tutela a ter eficácia de coisa soberanamente julgada, sendo descabida, por via de consequência, a ação rescisória após o decurso do prazo para ajuizamento da referida ação revocatória.²⁵

A segunda corrente parte da premissa de que os §§ 2º ao 5º, do art. 304, do CPC²⁶ evidenciam que apenas por meio da ação autônoma de impugnação a tutela já estabilizada poderá ser desfeita, seja por revogação ou modificação.

No entanto, ultrapassado o prazo de 2 anos da referida ação, haverá a ocorrência de decadência, sobrevindo a coisa julgada. Assim, após os 2 anos sem a propositura da ação revocatória, seria possível o ajuizamento de ação rescisória.²⁷

Em que pese o brilhantismo dos defensores das primeiras correntes, seus entendimentos não merecem trânsito, uma vez que colidem frontalmente com a disposição

¹⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada". *Revista do Advogado*, n. 126, maio 2015, p. 122.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 14.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no Relatório Final da Câmara dos Deputados em relação ao Novo CPC. Da tutela de evidência e da tutela satisfativa. Última parte. *Revista de Processo*, n. 235, set. 2014, p. 186.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Miti e realtà sul giudicato - una riflessione Italo-Brasiliana. *Revista de Processo*, n. 256, jun. 2016, p. 24;



literal do CPC, no sentido de que a decisão estabilizada não é passível de formar coisa julgada material, bem como por ignorar que o próprio código têm outras disposições que geram a estabilização de uma decisão, como a decisão de saneamento, prevista no art. 357, §1^o²⁸, do CPC; o instituto da preclusão inserto nos artigos 63, § 4^o, 104, 209, § 2^o, 278, 293, 507 e 1.009, § 1^o, do CPC²⁹; dentre outros casos.

Logo, o objetivo do legislador é o de prestigiar os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e do caráter evolutivo dos atos processuais, o que não é sinônimo de ocorrência de coisa julgada.

A terceira corrente defende que após o exaurimento do prazo decadencial sem o manejo da ação revocatória, não se pode falar em ocorrência de coisa julgada, pois esta demanda um juízo fixado após a observância de uma cognição exauriente.³⁰

Por reconhecer que não há coisa julgada material, os defensores desse entendimento alegam que a rediscussão do mérito por meio de demandas autônomas seria possível, desde que observados os prazos prescricionais e decadenciais insculpidos na lei material a regular a matéria objeto de rediscussão.

A grande crítica a esse pensamento tem morada no fato de que os parágrafos do art. 304, do CPC³¹, simplesmente terão sua eficácia esvaziada, já que a estabilidade visada pelo legislador não ocorrerá.

Embora essa corrente defenda que não haveria legitimidade constitucional a equiparar a imutabilidade decorrente de cognição exauriente com uma estabilidade decorrente de um juízo com sumariedade acentuada, certo é que tal equiparação é injusta, pois no segundo caso apenas uma situação jurídica de vantagem é estabilizada e após uma inércia de 2 anos, não havendo equiparação com a imutabilidade decorrente da coisa julgada material.

Em suma, a imutabilidade não decorre de uma cognição sumária, mas de uma inércia decorrente de 2 anos, o que deixa evidente a conformidade com a decisão com os postulados constitucionais de oportunização do exercício do contraditório e da ampla defesa. Isso ocorre, por exemplo, no procedimento monitorio, em que a inércia transforma o documento sem eficácia executiva em título com tal eficácia, ainda que aparentemente acarretado por suposto procedimento sumário ilegítimo, o que não é verdade. Portanto, fica evidente a incongruência em aceitar-se a estabilização no procedimento monitorio e na tutela antecedente não.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁹ Ibid.

³⁰ MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015. V. 2. p. 218

³¹ BRASIL, op. cit., nota 14.



Por fim, a última posição reflete o entendimento de que a coisa julgada material e a estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência antecedente não se confundem, motivo pelo qual não há que se falar em possibilidade de ajuizamento de ação rescisória em face da decisão estabilizada, após o transcurso do prazo para a ação revocatória.

Diante do exposto, mais razoável se apresenta esse entendimento, que não só respeita a vontade do legislador expressa nos parágrafos do art. 304, do CPC³², bem como respeita a interpretação sistêmica, em sentido de que há decisões no ordenamento jurídico que são passíveis de estabilização com vistas a prestigiar a boa-fé e a segurança jurídica, mas que tais estabilizações não se confundem com a coisa julgada material e apenas ocorrem após a inércia de quem será prejudicado pela decisão. Logo, não há violação da ampla defesa e do contraditório acarretada pela inobservância da regra de que apenas o juízo de cognição exauriente poderia produzir uma decisão estável ou imutável.

CONCLUSÃO

Como visto, a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 no tocante à possibilidade da obtenção de uma tutela urgente, de forma menos burocrática, caracteriza importante acerto legislativo, de modo a permitir não só o acesso à justiça por meio de retirada de obstáculos burocráticos de provocação do judiciário, bem como por incorporar à tutela provisória de urgência de natureza antecipada requerida em caráter antecedente, o sistema de monitorização genérica, que possibilita a estabilização dos efeitos da decisão em caso de inércia da parte demandada.

Porém, nem tudo é perfeito. O mesmo Código que traz a mencionada inovação é contraditório ao exigir que a aludida inércia se verifique após a não interposição de recurso em face da decisão que se visa obstaculizar. A contradição nasce do fato de que a novel legislação processual pune os recursos desnecessários tidos como protelatórios, contudo, em contrapartida, exige um recurso que tem o escopo primordial de impedir a estabilidade da decisão e não de atacar o mérito propriamente dito.

Além disso, não se pode confundir os efeitos da coisa julgada material, obtidos após um juízo de cognição exauriente, com os efeitos da decisão que se estabiliza, pois cada um tem sua específica razão de ser, inexistindo qualquer violação à ampla defesa e ao contraditório quando da estabilização da decisão proferida em juízo sumário, haja vista que esta apenas ocorre após a inércia da parte interessada, em prestígio aos princípios da

³² Ibid.



segurança jurídica, da boa-fé processual e da evolução dos atos processuais, como ocorre com outros tipos de decisões, já elencadas ao longo do artigo.

Em face do exposto, a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, com possibilidade de estabilização de seus efeitos, deve ser reconhecida como uma importante inovação legislativa, que merece adaptações hermenêuticas, mais precisamente por meio da interpretação sistêmica e teleológica, para adequar a forma de obtenção da estabilidade, no sentido de que qualquer ato apto a demonstrar a não resignação com esse efeito seja considerado habilitado a obstá-lo. Felizmente, o precedente do Superior Tribunal de Justiça é justamente nesse sentido, indicando uma tendência do Tribunal da Cidadania em fixar e uniformizar a jurisprudência seguindo essas balizas.

Por fim, tem-se que a melhor doutrina ensina que coisa julgada material e a estabilidade da decisão não se confundem, inexistindo violação a postulados constitucionais e processuais quando se fala em estabilidade de decisão proferida em sede de juízo sumário.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015. V. 2.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

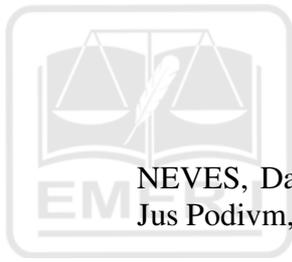
_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.760.966*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1760966&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 fev. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Miti e realtà sul giudicato - una riflessione Italo-Brasileana. *Revista de Processo*, n. 256, jun. 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.



NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada". *Revista do Advogado*, n. 126, maio 2015.

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no Relatório Final da Câmara dos Deputados em relação ao Novo CPC. Da tutela de evidência e da tutela satisfativa. Última parte. *Revista de Processo*, n. 235, set. 2014.



A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE INCÊNDIO

Daiane Dib Najjar Brandão

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo - O contexto deste trabalho questiona a constitucionalidade da Taxa de Incêndio, debatendo se sua cobrança deriva do exercício do poder de polícia ou se decorre da prestação de um serviço público. Assim, se a referida taxa decorrer desta última hipótese se estaria em conformidade com o dispositivo constitucional que exige que para que ocorra a exação da taxa para custear um serviço público, este deve conter as características da divisibilidade e da especificidade. Ademais discute-se a constitucionalidade da Taxa de Incêndio com relação a sua base de cálculo e o Princípio Constitucional que veda as taxas terem as mesma base de cálculo que os impostos.

Palavras-chave – Direito Tributário. Taxa de Incêndio ou Bombeiro. Divisibilidade. Especificidade. Base de Cálculo distinta a dos Impostos.

Sumário – Introdução. 1. A Taxa de Incêndio: Discussão acerca de sua natureza, se esta é cobrada em razão do exercício do poder de polícia ou pela prestação de serviço público. 2. A inconstitucionalidade da Taxa de Incêndio vista em razão da prestação de um serviço público. 3. A base de cálculo da Taxa de Incêndio: Uma discussão pautada no Princípio Constitucional que veda as taxas de terem base de cálculo própria dos impostos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho levanta questionamentos sobre a cobrança da chamada Taxa de Incêndio, discutindo sua constitucionalidade e legalidade, com base nas principais características da espécie tributária Taxa. Analisando os dispositivos constitucionais e legais cria-se um conjunto de questionamentos que permitem criticar a legitimidade da cobrança da referida taxa, qualificando, ainda, a cobrança desta em razão da prestação de serviço público ou se ela seria cobrada em razão do exercício do poder de polícia, apresentando as peculiaridades de ambas.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, de modo a conseguir discutir a verdadeira natureza da Taxa de Incêndio, isto é se trata-se de uma taxa cobrada em razão do poder de polícia ou decorrente da prestação de um serviço público que seja específico e divisível.



Ao longo de várias décadas os Estados e Municípios vêm cobrando a chamada Taxa de Incêndio, entretanto, nunca ficou claro se trata-se de Taxa em razão do poder de polícia ou em razão da prestação de um serviço público (artigo 145, inciso II, da CRFB e artigos 77 e 78 do CTN). Tal diferenciação tem consequências jurídicas importantes, inclusive com relação a constitucionalidade do referido tributo.

No caso do referido tributo ser devido em virtude do poder de polícia, isto é presente às características de auto-execução e auto-sanção, haveria a constitucionalidade da mencionada taxa. Entretanto, o que se vislumbra é a cobrança da Taxa de Incêndio devido a prestação de um serviço público, assim sendo inconstitucional, uma vez que tal serviço não possibilita a individualização e a quantificação da atividade prestada a cada contribuinte, sendo impossível destacar uma unidade de intervenção para cada administrado.

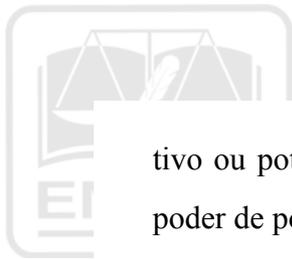
Ademais, a citada taxa, normalmente, possui como base de cálculo a mesma utilizada pelo Imposto sobre Propriedade Territorial Urbano (IPTU) ou pelo Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), violando, dessa forma, a Constituição Federal, no artigo 145, §2º, ao proibir as taxas terem base de cálculo própria dos impostos.

Para tanto, o primeiro capítulo analisa se a Taxa de Incêndio é cobrada em razão do exercício do poder de polícia ou devido a prestação de um serviço público, isto é o presente capítulo visa delimitar a verdadeira natureza da Taxa de Incêndio e as diferentes consequências jurídicas se ela for em razão do poder de polícia ou se for pela prestação de serviço público.

Já o segundo capítulo aponta a inconstitucionalidade da citada Taxa para a contraprestação da prestação do serviço público apresentando o dispositivo constitucional violado, uma vez que se demonstra a ausência das características da divisibilidade e especificidade no serviço público que se busca custear instituindo a Taxa de Incêndio.

Por fim, terceiro capítulo explora a natureza da Base de Cálculo da Taxa de Bombeiro e o Princípio Constitucional que veda as taxas terem elementos próprios da base de cálculo dos impostos, tendo como finalidade discutir a sua constitucionalidade por esta perspectiva, apresentando, assim, como a Jurisprudência do STF vem tratando a matéria.

É indiscutível que o desenvolvimento do conhecimento não é contínua, mas é fundamental estabelecer um contorno gnosiológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade,



tivo ou potencial de uma serviço público específico e divisível ou pelo exercício regular do poder de polícia.

A maior parte dos Estados e alguns Municípios cobram a chamada Taxa de Incêndio, também conhecida como Taxa de Bombeiros. No Estado do Rio de Janeiro, o fato gerador do mencionado tributo é o serviço de prevenção e extinção de incêndios, prestados ou colocados à disposição de unidades imobiliárias de utilização residencial ou não, ocupadas ou não, nos termos do artigo 1º do Decreto n.º 3.856/80⁶.

Ressalta-se que de acordo com parte da doutrina⁷, atualmente, referida taxa seria devido em razão da prestação de um serviço público e não em decorrência do exercício de um poder de polícia, pois o Estado está prestando o serviço de combate, prevenção e extinção de incêndio. O serviço público é enxergado atualmente como sendo uma atividade prestacional, criada por lei, em que o Estado é o titular com ou sem exclusividade, com a finalidade de atender as necessidades coletivas, sujeitado ao regime predominantemente público⁸.

Entretanto, apesar da doutrina⁹ associar a Taxa de Incêndio à prestação de um serviço público, o referido tributo pode ser utilizada para custeio do exercício do poder de polícia, ou seja, a dita taxa seria utilizada para custear uma atividade de fiscalização preventiva, destinada a inibir e evitar incêndios e sinistros nos imóveis urbanos. Isto porque, é dever do Estado através das Entidades ligadas a segurança pública fiscalizar os imóveis, para averiguar se estes estão com boa estrutura de engenharia, não contendo riscos de desabamento, explosões ou incêndios.

As taxas decorrentes do poder de polícia são aquelas que sempre foram cobradas, no sistema tributário brasileiro, em razão da intervenção da autoridade na propriedade para proteger a segurança e a incolumidade, este referido tributo visa custear uma atividade desempenhada pela Administração Pública para proteger os bons costumes, a boa-fé do povo, o bem-estar, a saúde entre outros interesses relacionados a sociedade como um todo.

⁶BRASIL. *Decreto n.º 3.856*, de 29 de dezembro de 1980. Disponível em: <http://www.dgf.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03856.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

⁷BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.564 e MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e Práticas das TAXAS*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 199.

⁸OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 219.

⁹SABBAG Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 423 e 424 e SEIXAS FILHO Aurélio Pitanga. *Taxas Doutrina, Prática e Jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 34.



O artigo 78 do CTN¹⁰ traz o conceito legal de poder de polícia, dispondo:

considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O dispositivo legal supra citado traz uma listagem de interesses públicos, tratando-se de rol meramente exemplificativo, isso se dá porque o exercício de tal poder inerente a Administração Pública se fundamenta pelo Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, dessa forma, se algum interesse individual não mencionado no artigo 78, do CTN¹¹, precisar ser fiscalizado ou suprimido para que não viole o interesse da coletividade, a Administração Pública poderá se utilizar do poder de polícia.

De acordo com o artigo 145, inciso II da Constituição Federal¹² e o artigo 77 do CTN¹³, exigem que para que haja a cobrança da taxa em razão do poder de polícia, o exercício desse poder deve se dar de forma efetiva. Assim, concluí-se que os imóveis deveriam sofrer a fiscalização efetiva com visitas periódicas dos agentes públicos.

Todavia, Supremo Tribunal Federal, em 2005 ao analisar a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental¹⁴ entendeu que o contribuinte não precisa sofrer de fato a fiscalização para que ocorra o fato gerador da taxa de polícia, ou seja, devido a tecnologia, o poder de polícia no mundo moderno não precisa estar perto do sujeito passivo para ser desempenhado, podendo ser exercido à distância, desde que o órgão ou a entidade administrativa esteja regularmente ativo. Assim, atualmente não precisa que o contribuinte tenha sido efetivamente fiscalizado, basta que o órgão ou entidade possua o aparato para verificar a atividade e que o contribuinte esteja sujeito à fiscalização.

Vale ressaltar que, a taxa de incêndio instituída em razão da prestação de serviço público, padece de inconstitucionalidade, uma vez que o serviço de combate à incêndio não pa-

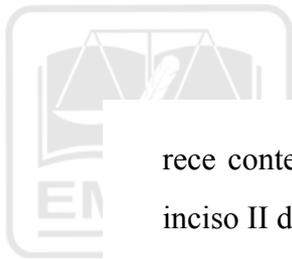
¹⁰BRASIL. op. cit., nota 2.

¹¹Ibidem.

¹²Idem. op. cit., nota 1.

¹³Idem. op. cit., nota 2.

¹⁴Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 416.601*. Relator: Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368427>>. Acesso em: 12 mar. 2018.



rece conter as características da divisibilidade e da especificidade exigidos pelo artigo 145, inciso II da CRFB¹⁵. Todavia, o tema será abordado melhor no capítulo dois deste trabalho.

Posto isso, verifica-se que a cobrança da Taxa de Incêndio ou Taxa de Bombeiro pode ser interpretada em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização potencial ou efetiva de um serviço público divisível e específico.

2. A INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE INCÊNDIO VISTA EM RAZÃO DA PRESTAÇÃO DE UM SERVIÇO PÚBLICO

O artigo 145, inciso II, da CRFB¹⁶ e o artigo 77 do CTN¹⁷ estabelecem que o fato gerador da taxa de serviço pode se dar pela prestação efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível. Observasse que a prestação efetiva ou potencial do serviço diz respeito a sua utilização, todavia, o serviço deve sempre existir e, se potencial a utilização, deve estar à disposição, uma vez que se não existir o serviço não ocorrerá o seu fato gerador¹⁸.

Diversamente do poder de polícia, o Código tributário Nacional não definiu o que seria serviço público para fins de taxação. De acordo com Oliveira¹⁹:

a evolução da noção de serviço público demonstra a dificuldade de fixação de um conceito preciso. O serviço público é uma espécie de atividade econômica em sentido amplo, pois destina-se à circulação de bens e/ou serviços do produtor ao consumidor final, mas não se confundem com as atividades econômicas em sentido estrito, tendo em vista o objetivo do serviço público (interesse público) e a titularidade do Estado.

Para que um serviço público possa ser taxado é imprescindível que ele seja específico e divisível. O artigo 79, incisos II e III do CTN²⁰, trazem, respectivamente, os conceitos de especificidade e divisibilidade, assim, de acordo com estes incisos o serviço público será específico quando possam ser considerados em unidades autônomas de intervenção, utilidade ou necessidade pública e será divisível quando puder ser capaz de ser utilizado separadamente, por cada um dos seus usuários.

¹⁵BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁶Ibidem.

¹⁷Idem. op. cit., nota 2

¹⁸PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 26.

¹⁹OLIVEIRA. op.cit., p. 218 e 219.

²⁰Idem. op. cit, p. 219.

Desse modo, um serviço é específico quando for possível ao contribuinte verificar o que está sendo fornecido pela Administração Pública e será divisível quando for possível identificar quem se beneficia da ação estatal²¹.

Entretanto, a Administração Pública pode e deve oferecer serviços gerais e indivisíveis, ou seja, não se pode mensurar quem os recebe, dirigido a toda coletividade, sendo chamados de serviços públicos *uti universi*, gerais ou coletivos. Essa espécie de serviço público deve ser custeada por impostos, pois atinge toda sociedade.

Corroborando esse entendimento o enunciado 41 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal²² que estabelece que a iluminação pública não pode ser custeada por taxas, por se tratar de um serviço geral e indivisível, não se podendo determinar os beneficiários do serviço de iluminação, uma vez que atinge toda a coletividade.

Evidencia-se, assim, que a instituição da Taxa de Incêndio para custear a prestação do serviço público de prevenção e extinção de incêndios é inconstitucional, pois viola o artigo 145, inciso II da CRFB²³, porquanto não possui as características da divisibilidade e da especificidade, exigidos no texto constitucional.

O serviço de extinção de incêndio não é divisível, à vista que não se consegue determinar exatamente quem se utilizará dos serviços do Corpo de Bombeiros. Além disso, tal tributo custeia um serviço que qualquer pessoa se utilizará, visto que a extinção de incêndios e resgates não beneficiam somente os proprietários, possuidores e titulares de domínio útil de bens imóveis localizados na área urbana, não sendo, portanto, um serviço específico.

Segundo os ensinamentos de Moraes²⁴:

a Taxa de Bombeiro constitui um serviço público geral e indivisível, colocado à disposição de todos, que o têm à sua disposição, como membros da coletividade. A simples disponibilidade de um *serviço geral e indivisível* não pode constituir-se em causa jurídica da Taxa de Serviço. Inexiste, no caso, a possibilidade de utilização do serviço público separadamente, por parte de cada contribuinte (não é divisível), nem a possibilidade do serviço ser destacado em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública (não é específico).

²¹CASTRO, op. cit., p.83.

²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 41*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

²³Idem. op. cit., nota 1.

²⁴MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e Práticas das TAXAS*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 200.



Além do mais, o serviço de prevenção e extinção de incêndio é atividade de segurança pública, uma vez que toda a coletividade pode sofrer ameaça pelo incêndio ou por sinistro, com isso deve ser custeado pela receita oriunda dos impostos por se tratar de serviço público geral e indivisível .

Apesar do Supremo Tribunal Federal²⁵ possuir algumas decisões considerando a constitucionalidade da referida taxa, em uma recente decisão, no ano de 2017, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da Taxa de Incêndio instituída por lei municipal, uma vez que a prevenção e o combate a incêndios e sinistros prestado pelo Corpo de Bombeiros é matéria de segurança pública e, na forma do artigo 144, caput, da CRFB²⁶, o Ente Federativo para cuidar é o Estado e não o Município, pois a Constituição Federal deu aos Estados a competência para organizar as carreiras do Corpo de Bombeiros militar²⁷.

Ademais, o STF, no RE nº 643.247, firmou o entendimento que a atividade de segurança pública é serviço público geral e indivisível, razão pela qual deve ser custeada por imposto e não por taxa. Ressalta-se que o objeto da ação não dizia respeito a taxa de bombeiros criada pelo Estado, mas o Ministro Relator Marco Aurélio no seu voto sustentou que não se poderia instituir uma taxa para custeio desse serviço público, pois trata-se de atividade de segurança pública, na qual deve ser custeada através de Impostos²⁸.

Dessa forma, evidencia-se a inconstitucionalidade da Taxa de Incêndio em razão da prestação de serviço público de extinção e prevenção de incêndios e sinistros, de salvamento e resgate, haja vista que estão ligados à atividade de segurança pública, tratando-se de serviço *uti universi*, ou seja, não são específicos e divisíveis, devendo ser remunerados pela receita dos Impostos e não pela espécie tributária Taxa.

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI n° 677891 AgR*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=588097>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

²⁶Idem. op. cit., nota 1.

²⁷Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 643247*. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14222458>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

²⁸Ibidem.



3. A BASE DE CÁLCULO DA TAXA DE INCÊNDIO: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL QUE VEDA AS TAXAS TEREM BASE DE CÁLCULO PRÓPRIA DOS IMPOSTOS.

O artigo 145, §2º da Constituição Federal²⁹ determina que, “As taxas não poderão ter base de cálculo própria dos Impostos. Já a redação legal do parágrafo único do artigo 77 do CTN³⁰, prevê, “A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a impostos, nem ser calculada em função do capital das empresas”.

Como observa-se da previsão das normas acima expostas, a base de cálculo das taxas não pode ser a mesma que é utilizada para os impostos. O objetivo do constituinte foi vedar que se institua uma taxa com base na capacidade contributiva do sujeito, justamente para que haja uma diferenciação dos tributos vinculados dos não vinculados.

Segundo Machado³¹, o dispositivo constitucional é desnecessário, justificando-se sua inclusão na Carta Magna apenas para fins didáticos e com a finalidade especial de evitar que continuem a ser instituídos sob a denominação de taxas verdadeiros impostos.

A diferença básica entre as duas espécies tributárias reside no fato de as taxas serem tributos vinculados a uma prestação estatal, já os impostos não estão vinculados a nenhuma atividade estatal específica, normalmente incidem de acordo com a capacidade contributiva do sujeito independentemente de qualquer ação do Estado.

Desse modo, os impostos, por se tratarem de tributos não vinculados, terão como base de cálculo uma grandeza econômica desvinculada de qualquer atividade estatal, todavia, as taxas, por serem tributos vinculados, deverão ter como base de cálculo o valor da atividade anteriormente exercida pelo Poder Público, devendo ocorrer uma idealização da mensuração econômica dessa atividade³².

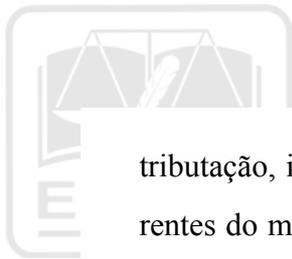
Ferindo o princípio que veda as taxas terem base de cálculo própria dos impostos acaba por ferir vários outros princípios constitucionais, isto porque se uma taxa tem a mesma base de cálculo de um imposto estar-se-ia criando um *bis in idem* ou também chamado de bi-

²⁹Idem. op. cit., nota 1.

³⁰Idem. op. cit., nota 2.

³¹MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 416.

³²ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 33.



tributação, isto é, entes tributantes diversos exigem do mesmo sujeito passivo tributos decorrentes do mesmo fato gerador, isto não é permitido dentro da estrita legalidade tributária, gerando confisco, prática vedada expressamente no artigo 150, inciso, IV, da CRFB³³.

Segundo os ensinamentos de Baleeiro³⁴ as “taxas” serão consideradas inconstitucionais, uma vez que configurarem impostos disfarçados, isto é quando elegerem como base de cálculo pertences do contribuinte, como o valor do imóvel a ser vistoriado, o valor da causa em juízo ou então do capital da sociedade fiscalizadora, o valor do veículo ou da obra a ser licenciada, valores de rendimentos do contribuinte a quem se presta o serviço, entre outras situações que mostrem a capacidade contributiva da pessoa.

Não obstante, constata-se, que a base de cálculo da Taxa de Incêndio é a mesma utilizada no Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e no Imposto sobre Propriedade Territorial Rural (ITR), qual seja o metro quadrado de área ocupada ou construída do imóvel. Isto pode ser observado no artigo 4º, do Decreto 3.856/81³⁵, que regulamenta a cobrança da Taxa de Incêndio no Estado do Rio de Janeiro. Assim sendo, a taxa de incêndio nesses moldes parece de inconstitucionalidade, pois viola expressamente o artigo 145, inciso II, da CRFB³⁶.

O Supremo Tribunal Federal possui alguns julgados que declarando inconstitucional tal taxa, por ferir justamente o referido princípio constitucional.³⁷ A corte suprema fundamenta que há afronta ao artigo 145, §2º, da Constituição Federal, uma vez que a base de cálculo Taxa de extinção de incêndio tem por identidade a mesma utilizada pelo Imposto Predial e Territorial Urbano.

Entretanto, a corte suprema editou o enunciado 29³⁸ da sua Súmula Vinculante que considera constitucional a adoção de um ou mais elementos próprios da base de cálculo de imposto no valor do cálculo da taxa, desde que não ambas as bases sejam idênticas. Ressalta-

³³BRASIL. op. cit., nota 1.

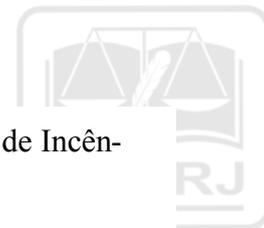
³⁴BALEEIRO. op. cit., nota 7, p. 553.

³⁵BRASIL. op. cit., nota 6.

³⁶Idem. op. cit., nota 1.

³⁷Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE 120954*. Relator: Octavio Gallotti. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207376>> e Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE 185050*. Relator: Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=228386>> Acesso em: 12 mar. 2018.

³⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 29*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_29__PSV_39.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.



se que o caso concreto que originou o mencionado verbete não dizia respeito a Taxa de Incêndio.

A despeito da Súmula Vinculante acima mencionada, o pleno do Supremo Tribunal Federal, no RE 643.247³⁹, julgado em agosto de 2017, no qual considerou a Taxa de Incêndio instituída pelo Município de São Paulo inconstitucional, uma vez que este não tem competência para instituir tributo sobre o serviço de combate a incêndio, o Ministro Edson Fachin defendeu a inconstitucionalidade da Taxa de Bombeiro por esta ter a base de cálculo própria do IPTU, violando, dessa forma, o artigo 145, §2º, da CRFB⁴⁰.

Posto isto, a Taxa de combate e prevenção de incêndios é inconstitucional por violar o artigo 145, §2º, da CRFB⁴¹, no qual veda as taxas terem a base de cálculo própria dos impostos, haja vista que a a legislação estadual e municipal, ao prever a base de cálculo da Taxa de Incêndio, estabelecem, normalmente, os mesmos elementos utilizados pela base de cálculo do IPTU e ITR. Ao fazer isso, a Fazenda Pública não está levando em consideração o valor estimado da prestação do serviço e sim a exteriorização de riqueza do contribuinte, com isso viola-se todo o sistema tributário regido por regras e princípios constitucionais e legais.

CONCLUSÃO

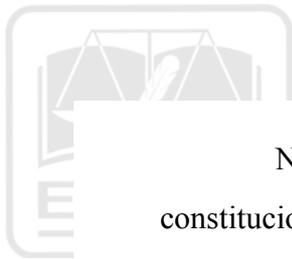
Procurou-se ao longo do trabalho, demonstrar as características da espécie tributária taxa, discutindo se a chamada Taxa de Incêndio, também conhecida como Taxa de Bombeiro, cobrada em razão do serviço de prevenção e extinção de incêndio, seria constitucional ou não. O embate se materializa sobre a questão da divisibilidade e especificidade, elementos indispensáveis para a exação de uma taxa em virtude da prestação de um serviço público.

Entretanto, esta pesquisa constatou que o referido tributo também pode ser cobrado em razão do exercício do poder de polícia, ou seja, que a atividade desempenhada pelo Estado não seria de prestação de um serviço público e sim de uma atuação do exercício do poder de polícia, qual seja de fiscalização de imóveis para que se previnam incêndios, catástrofes e sinistros, sendo desta forma legítima e constitucional a sua cobrança.

³⁹BRASIL. op. cit., nota 27.

⁴⁰Idem. op. cit., nota 1.

⁴¹Ibidem.



No decorrer do trabalho também foi discutido se o mencionado tributo fere a norma constitucional esculpido no artigo 145, §2º, da Constituição Federal de 1988, em que proíbe terem as taxas a mesma base de cálculo dos Impostos, uma vez que a referida taxa tem como base de cálculo o metro quadrado de área ocupada ou construída do imóvel, sendo uma das características utilizadas para se definir a alíquota do Imposto Predial e Territorial Urbano.

Apesar do entendimento do Supremo Tribunal Federal ser a cerca da possibilidade da base de cálculo das taxas possuírem um ou alguns elementos da base de cálculo dos impostos, com relação a base de cálculo da taxa de incêndio, a Suprema Corte possui alguns julgados indicando a inconstitucionalidade da referida taxa, em razão da identidade de elementos com a base de cálculo própria de imposto.

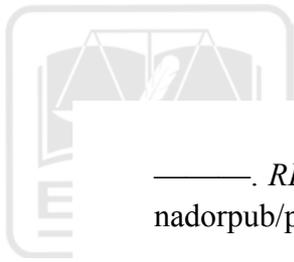
Assim, o entendimento a que se chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que o simples fato de ter apenas uma característica igual a qual é utilizada para a base de cálculo dos Impostos já se está ferindo a regra constitucional acima mencionada.

Isto porque a diferença básica dos Impostos para as Taxas está necessariamente no fato gerador de cada uma, pois enquanto esta é um tributo vinculado à atividade estatal desempenhada, devendo respeitar a retributividade da verba pública gasta na prestação do serviço público ou no exercício do poder de polícia, o Imposto é tributo não vinculado a qualquer atividade da Administração Pública, com isso incidem de acordo com a manifestação de riqueza do contribuinte.

Como argumentos de autoridade foram apresentados vários julgados da Corte Suprema considerando a Taxa de Incêndio inconstitucional justamente por se utilizar da base de cálculo própria dos Impostos e ilegítima pelo Superior Tribunal de Justiça por violação ao artigo 77, parágrafo único do Código Tributário Nacional.

Sem que fosse o objetivo principal do trabalho, tentou-se buscar as definições de Taxas pela prestação de serviços específicos e divisíveis, definindo o que seria especificidade e divisibilidade nesta ótica e, ainda, o uso de taxas para financiar o exercício efetivo do poder de polícia, em que este seria uma atividade típica da Administração Pública.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que a taxa de incêndio em razão do serviço público desempenhado pelo Corpo de Bombeiro Militar é inconstitucional, uma vez que tal serviço público não possui as características da especificidade e da divisibilidade, necessá-



_____. *RE nº 120954*. Relator: Octavio Gallotti. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207376>> Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. *RE nº 185050*. Relator: Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=228386>> Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. *RE nº 416601*. Relator: Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368427>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. *RE nº 643247*. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14222458>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 29*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_29__PSV_39.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. *Súmula Vinculante nº 41*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

CASTRO, M. L. Rodrigues de; LUSTOZA, Helston Kramer; GOUVÊA, Marcus de Freitas. *Tributos em Espécie*. 4.ed. Bahia: Juspodivm, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional: Artigos 1ª a 95*. 3. ed. V. 2. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e Práticas das TAXAS*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Direito Tributário Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UMA ANÁLISE DO ARTIGO 1.015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: TAXATIVIDADE DO ROL E NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Daniel Goldenstein

Bacharel em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro.
Advogado.

Resumo – O ordenamento processual civil brasileiro sofreu profundas alterações com o advento de um novo código procedimental em 2015. Dentre as diversas mudanças efetuadas, talvez a principal tenha sido a alteração do regime da recorribilidade das decisões interlocutórias, de modo que apenas aquelas previstas no rol taxativo do artigo 1.015 desafiam o agravo de instrumento. O presente trabalho busca elucidar algumas questões controvertidas trazidas pela natureza do dispositivo e demonstrar o início da reação jurisprudencial sobre casos que não estão previstos na lei e a sua tutela jurisdicional.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Novo Código de Processo Civil. Agravo de Instrumento.

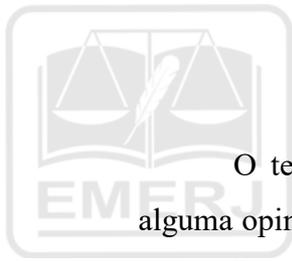
Sumário – Introdução. 1. A Taxatividade do Artigo 1.015 do Novo Código de Processo Civil. 2. Experiência Prévia do Processo Civil com a Irrecorribilidade de Decisões Interlocutórias: O Caso dos Juizados Especiais Cíveis. 3. Um Movimento Jurisprudencial Previsível: A Interpretação Extensiva do Rol do Artigo 1.015. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo abordar o que talvez seja a principal alteração promovida pelo novo Código de Processo Civil no âmbito dos recursos: a taxatividade do rol de decisões que podem ser objeto de agravo de instrumento.

Sabe-se, inclusive pela análise da exposição de motivos do novo diploma legal, que o norte da codificação processual de 2015 foi o prestígio da celeridade na condução dos litígios sem prejuízo da qualidade da prestação jurisdicional. Embora essa previsão legal tenha sido cunhada de acordo com esses objetivos, o presente trabalho busca apontar que a restrição das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento pode acabar por minar a empreitada legislativa.

Para tanto, opiniões doutrinárias a respeito do tema serão abordadas de forma a embasar a conclusão de que o rol previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil deve ser interpretado de forma extensiva. Ademais, também serão abordadas as primeiras decisões jurisprudenciais sobre o tema, especialmente proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem compete a guarda e a interpretação da legislação federal segundo a Constituição.



O tema é alvo de profundo debate doutrinário, sem que se possa identificar ainda alguma opinião que prevaleça. Não obstante, o pouco tempo de vida do Código ainda impede que se forme jurisprudência sólida sobre o tema, não impedindo, por outro lado, o surgimento de algumas decisões que podem servir de norte para a previsão de um futuro entendimento consolidado.

Inicia-se o primeiro capítulo com uma análise comparativa do próprio rol de cabimento do agravo de instrumento com os objetivos propostos pelo Poder Legislativo quando da elaboração de um novo Código de Processo Civil. Busca-se abordar os princípios norteadores do estatuto à luz da prestação jurisdicional e da duração razoável do processo e demonstrar que a impossibilidade de reforma imediata de decisões centrais para o desenvolvimento sadio do procedimento pode impactar severamente o sucesso da reforma processual de 2015.

No segundo capítulo o objetivo é identificar a forma com que o ordenamento processual civil brasileiro já lidava com a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Demonstra-se que as peculiaridades do procedimento simplificado dos Juizados Especiais Cíveis impede que a experiência nesse âmbito sirva de parâmetro para praxe semelhante perante os demais procedimentos, que são inequivocamente mais longos.

Por fim, o terceiro e último capítulo busca apresentar as primeiras decisões sobre o tema proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Tais decisões servem para apontar um movimento gradual de extensão das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento legalmente previstas e o papel da jurisprudência na consolidação e adequação da reforma processual proposta em 2015.

Ao final, delimitadas as controvérsias e apresentados os contornos jurisprudenciais já existentes, busca-se explicar que o único caminho compatível com o novo modelo processual proposto pelo Código de Processo Civil é a interpretação extensiva de um rol recursal inicialmente taxativo.

1. A TAXATIVIDADE DO ARTIGO 1.015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil¹ (CPC) completou, no início de 2018, dois anos de vigência. Embora tenha trazido diversas inovações, talvez a mais inovadora dela tenha se dado a respeito da reformulação completa do sistema recursal de decisões interlocutórias. Como amplamente debatido, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento contra decisões não terminativas² de primeira instância agora encontram-se dispostas em rol taxativo previsto no artigo 1.015 da norma processual.

A regra procedimental adotada pelo CPC se assemelha muito ao que se observa no processo trabalhista. Aquelas decisões cujo objeto não conste no referido artigo são impugnáveis meramente por preliminar de apelação ou em sede de contrarrazões ao mesmo recurso. O presente trabalho, contudo, limitar-se-á a abordar especificamente o procedimento civil.

A reforma processual de 2015 teve dois inegáveis institutos balizadores. O primeiro deles, inegavelmente, foi a celeridade processual. Além desse, pode-se observar a tutela da qualidade da prestação jurisdicional. A principal evidência disso pode ser retirada dos princípios norteadores do CPC, dentre os quais podem ser encontrados, respectivamente, a economia processual e a primazia da solução do mérito nos artigos 4º e 6º³.

Diversos motivos levaram a essa conduta pela comissão que elaborou o CPC. Entendendo que a sistemática recursal do procedimento comum implicava diversas suspensões do curso comum para o julgamento de questões que não resolviam a lide principal em discussão, o legislador buscou limitar severamente o cabimento do agravo de instrumento. Ao menos em teoria, isso seria suficiente para reduzir a já reconhecida morosidade do Poder Judiciário. Contudo, não se pode dizer que houve rigor técnico em tal medida.

Observe-se que existe certo contrassenso na prática adotada pelo legislador. Isso porque não há, exatamente, uma restrição das hipóteses de cabimento. A taxatividade ora abordada se restringe ao CPC. Com efeito, o dispositivo não busca exaurir todas as hipóteses

¹ 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: 14 de abril de 2018.

² Utiliza-se, aqui, a terminologia de “decisões não terminativas” como sinônimo de interlocutórias, e não para se referir a sentenças que extinguem o processo sem a resolução do mérito.

³ Artigo 4º: As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Artigo 6º: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.



de cabimento do recurso existentes no processo comum, de modo que seria possível que o legislador ordinário criasse outras previsões normativas. Mister observar-se que o próprio *caput* do artigo ressalva a possibilidade de outras leis ou normas preverem o cabimento deste recurso. Nesse sentido explica Daniel Amorim Assumpção Neves⁴:

O art. 1.015, *caput*, do Novo CPC admite o cabimento do recurso contra determinadas decisões interlocutórias, além das hipóteses previstas em lei, significando que o rol legal de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento é restritivo, mas não o rol previsto no art. 1.015 do Novo CPC, considerando a possibilidade de o próprio Código de Processo Civil, bem como leis extravagantes, previrem outras decisões interlocutórias impugnáveis pelo agravo de instrumento que não estejam estabelecidas pelo dispositivo legal.

Como indicado pelo doutrinador, evidentes exemplos de tais exceções podem ser encontrados tanto ao longo do CPC quanto na legislação esparsa. Veja-se como exemplo da primeira exceção o artigo 1.037, §13 do Código. O dispositivo legal prevê o cabimento de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que indeferir pedido de afastamento da suspensão do processo em razão do julgamento de recursos aos tribunais superiores afetados a sistemática de recursos repetitivos. Não obstante, como segunda hipótese, o artigo 12 da Lei de Ações Cíveis Públicas⁵ prevê que o juiz pode conceder mandado liminar, com ou sem justificativa prévia, em decisão sujeita a agravo.

Portanto, não se pode ignorar que houve inegável limitação. A grande ressalva fica por conta da imaginação do legislador pátrio, cuja criatividade para alargar o rol que se buscou restringir não pode ser ignorada. Infelizmente, a atecnicidade não se restringe a isso.

A falta de atenção para decisões sensíveis ao desenvolvimento do procedimento torna-se alarmante quando se constata que não há possibilidade de agravar da decisão que declina da competência para julgar o feito. Não há como se negar que talvez seja o principal tema que merece, de fato, definição imediata. O desenrolar de um processo em comarca ou órgão distinto daquele que seria realmente competente para julgá-lo causa gravíssimo prejuízo à parte que só poderá reverter tal situação depois de findada toda a instrução e julgamento de primeira instância em sede de preliminar de apelação. Há evidente e gritante violação ao princípio da ampla defesa, constitucionalmente alçado a princípio basilar do ordenamento

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1658.

⁵ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2018.



jurídico nacional. Concorde conosco Daniel Amorim⁶ ao relembrar a impossibilidade de impugnação imediata da decisão que indefere a produção de prova pericial que, ao ser anulada no tribunal, determina a renovação de toda a instrução probatória e, conseqüentemente, a prolação de nova sentença. É cristalino que tal consequência é frontalmente contrária aos objetivos da reforma processual que deu azo ao novo código.

Finalmente, não se pode fechar os olhos às soluções que serão buscadas pelos operadores do Direito para resguardar seus interesses e de seus representados. Lembra Cássio Scarpinella Bueno⁷ ao sugerir conclusão semelhante à que se verá mais a frente neste trabalho que o Mandado de Segurança, ação autônoma de impugnação, terá utilização difundida. Com efeito, já é praxe jurisprudencial aceitar a impetração do *writ* em casos que possam causar dano irreparável caso a decisão judicial não comporte recurso dotado de efeito suspensivo.

Igualmente se posiciona Teresa Arruda Alvim Wambier⁸ ao escrever sobre o tema quando o CPC ainda estava na iminência de entrar em vigência:

Esta opção do legislador de 2012 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, no ordenamento jurídico ainda em vigor, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa. Evidentemente, a parte prejudicada não poderia esperar.

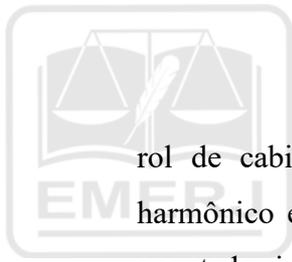
O corriqueiro uso do mandamento constitucional certamente inundará o Poder Judiciário com novas demandas, o que igualmente terá efeito oposto ao buscado pelo legislador. De outro lado, não se poderá negar tal manobra ante a interpretação direta do artigo 5º, II da Lei nº 12.016/09, de modo que inadmitir-se a ação autônoma em tais casos certamente violará esse dispositivo. Isso se dá uma vez que restou demonstrado acima que a reforma do sistema recursal de agravo de instrumento criou novas hipóteses de inegável dano irreparável ao jurisdicionado que não são impugnáveis por qualquer recurso.

Assim, embora não restem dúvidas acerca da respeitável motivação do legislador, não parece que a solução adotada tenha sido a melhor das possibilidades. Para que se estipule um

⁶ NEVES, op. cit., p. 1660.

⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 653.

⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1453.



rol de cabimento restrito é necessário que o ordenamento processual seja liso, isto é, harmônico e completo, bem como existam profundos estudos sobre o tema. As antinomias apontadas indicam que a falta de consideração das demais hipóteses de cabimento do recurso em questão previstas ao largo da legislação esparsa aliada à previsão subsidiária do Mandado de Segurança podem minar todo o escopo buscado com a reforma processual e levar a um efeito claramente oposto ao buscado: o aumento de novas ações judiciais e consequente retardamento do trabalho jurisdicional, que levará à perda da qualidade da prestação buscada pelas partes que vão ao Judiciário.

2. A EXPERIÊNCIA PRÉVIA DO PROCESSO CIVIL COM A IRRECORRIBILIDADE DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS: O CASO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Embora a ideia da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias seja inédita no procedimento comum previsto pelo Código de Processo Civil, não se pode dizer que se trata de uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Existem pelo menos dois exemplos cuja utilidade é corriqueira, englobando um número significativo de ações judiciais: o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis⁹, conforme artigo 41, e o procedimento comum previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas¹⁰, conforme artigo 893, §1º.

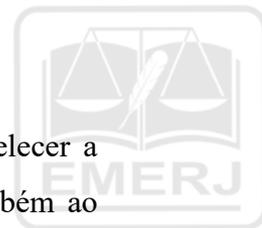
Relembra Câmara¹¹, nesse sentido, que a sistemática recursal adotada pelo CPC tem fundamento direto nas leis supracitadas. Com efeito, assim como em tais procedimentos específicos, o que o novo procedimento comum prevê não é a irrecorribilidade total das decisões interlocutórias, mas sim apenas a sua imediata irrecorribilidade:

As decisões interlocutórias que não se enquadram no rol taxativo, porém, sendo não agraváveis, são irrecorríveis em separado, só podendo ser objeto de impugnação em apelação ou em contrarrazões de apelação. E este é um ponto que precisa ser destacado: a afirmação de que certa decisão interlocutória não é agravável não implica dizer que é ela irrecorrível. Contra as decisões interlocutórias não agraváveis será admissível a interposição de apelação (autônoma ou inserida na mesma peça que as contrarrazões).

⁹ BRASIL. *Lei n° 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 14 de julho de 2018.

¹⁰ BRASIL. *Decreto-lei n° 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14 de julho de 2018.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 520.



Fica claro, dessa forma, que o novo diploma processual terminou por estabelecer a aplicação do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias também ao procedimento comum.

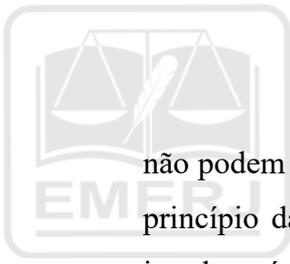
Como decorrência do princípio da oralidade, a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias busca promover a celeridade processual e a duração razoável do processo sem que haja sacrifício da prestação jurisdicional. Essa mecânica não encontrou maiores problemas, como indicado acima, no procedimento sumaríssimo. A experiência na área demonstra que não há maiores prejuízos na impossibilidade de se recorrer de todas as decisões não terminativas de forma imediata, uma vez que a utilização do recurso inominado tem se mostrado suficiente.

Por outro lado, em razão das peculiaridades desse procedimento simplificado, é certo que pode-se esperar dificuldades na aplicação do princípio em questão ante o procedimento comum. Isso se dá pois é justamente a extrema celeridade e a simplicidade das matérias em discussão perante os Juizados Especiais Cíveis que torna dispensável que se busque a reforma imediata das decisões proferidas ao longo do processo. Ademais, não se pode deixar de lembrar que, infelizmente, o procedimento sumaríssimo vem sendo utilizado basicamente apenas para relações consumeristas.

De tão exíguo que se tornou esse procedimento, ao arrepio da legislação específica a prática promoveu alterações na instrução processual. Após a distribuição da petição inicial, o que se observa hoje em dia é apenas a realização da audiência una de conciliação, instrução e julgamento com a sentença sendo proferida posteriormente. Em outras palavras, o que se demonstra aqui é que sequer existem decisões interlocutórias que poderiam vir a ser objeto de recurso. Portanto, não fica difícil entender a razão para a boa aplicação do princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no âmbito dos Juizados.

É nesse ponto que reside a incógnita em relação ao procedimento comum. Diante de um rol taxativo de decisões agraváveis, como o é o artigo 1.015 do CPC, não se pode esperar a mesma simplicidade do procedimento sumaríssimo. O procedimento comum abrange uma variedade incontável de litígios sem que se possa prever as decisões interlocutórias relevantes cuja irrecorribilidade imediata possa vir a ser extremamente prejudicial a uma das partes, como já se abordou anteriormente nesse trabalho.

Por mais que a experiência do legislador seja louvável perante a Lei nº 9.099 de 1995, não há como se esperar que o resultado seja semelhante perante o CPC. Há peculiaridades que



não podem ser ignoradas no procedimento sumaríssimo que favoreceram a prática positiva do princípio da oralidade, que serve de subsídio para a irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Admite-se, assim, que à luz da extrema celeridade que se observa nos procedimentos perante os Juizados Especiais sejam cerceados os direitos ao contraditório e à ampla defesa. Relembre-se que é natural que nesse âmbito se discutam litígios menos essenciais, logo, mais simples, nos quais pode prevalecer a duração razoável, ou, porque não, exígua, do processo. O que não se admite é que perante um procedimento mais elástico e adaptável como o comum sejam injustificadamente tolhidos o contraditório e a ampla defesa supostamente em prol de uma experiência positiva, mas em realidade diametralmente oposta.

Por outro lado, no que se pode observar como incongruência do legislador, há previsão específica em relação à fase de cumprimento de sentença e execução¹². Se uma das principais justificativas apresentadas para a sistemática da irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias foi a busca pela celeridade processual, qual seria a razão para o legislador apontar a não aplicação de tal instituto na fase procedimental que é, notadamente, mais sensível em relação à duração razoável do processo? Trata-se, por certo, de mais uma das perguntas sobre a qual a doutrina e a jurisprudência terão que se debruçar para encontrar embasamento plausível.

Entende-se, assim, que a irrecurribilidade prevista no artigo 41 da Lei nº 9.099/95 é perfeitamente congruente com o princípio norteador da simplicidade, aplicável ao âmbito dos Juizados. Contudo, não se pode admitir, ao menos inicialmente e sem as devidas adaptações promovidas pela jurisprudência e pela doutrina, que haja total compatibilidade com o procedimento comum. Isso porque não há como se falar em princípio da simplicidade nessa seara, o que afasta o principal fundamento para a oralidade e, conseqüentemente, o princípio da irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Finalmente, embora trate-se e posição doutrinária minoritária, é possível observar interpretação *contra legem* acerca da recorribilidade de algumas decisões em sede de Juizados Especiais Cíveis. Com efeito, o Fórum Nacional de Juizes Estaduais, FONAJE, editou o

¹² Artigo 1.015, parágrafo único: Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.



enunciado número 15¹³ ainda durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 para admitir o uso de recursos quando da aplicação dos antigos artigos 544 e 557, atuais artigos 1.042 e 932, V, respectivamente. Com isso, é possível notar que em sede doutrinária há pequena discussão em relação à irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias em sede de procedimento sumaríssimo, o que por certo se refletirá na interpretação jurisprudencial do novo rol taxativo contido no artigo 1.015 do CPC.

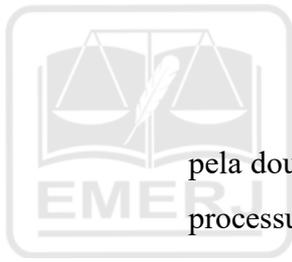
Portanto, a conclusão que se alcança é que não se pode tomar, sem maiores ressalvas, a experiência dos Juizados Especiais Cíveis como suficiente para que se admita a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias em sede de procedimento comum. Adaptações far-se-ão necessárias, conforme exposto, e muita cautela deverá ser empregada pela jurisprudência como forma de melhor aplicar o novel princípio exposto a um tipo de procedimento mais longo, adaptável e eclético. A mesma conclusão aplica-se à experiência prévia em sede de litígios trabalhistas, cujas peculiaridades são ainda mais distintas. Um profundo período de testes e experimentações regulados pela doutrina e pela jurisprudência se faz necessário antes que se possa concluir se está a se falar de uma inovação prejudicial ou a ser celebrada.

3. UM MOVIMENTO JURISPRUDENCIAL PREVISÍVEL: A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ROL DO ARTIGO 1.015

Com a consolidação do Código de Processo Civil, agora em vigor há pelo menos dois anos, as primeiras decisões relevantes começam a ser proferidas pelos tribunais superiores. O intuito do presente artigo é apontar um movimento gradual de extensão das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento legalmente previstas e o papel da jurisprudência na consolidação e adequação da reforma processual proposta em 2015.

Nesse aspecto, conforme apontado anteriormente, importa notar a ausência de qualquer previsão acerca do cabimento do recurso de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória que declina da competência. Em razão da sensibilidade que a alteração de foro competente pode trazer ao jurisdicionado, aumentando custos próprios do processo e também decorrentes dele, o prejuízo potencial trazido pela fixação de competência sem que haja possibilidade de sua discussão é evidente. Não é menos preocupante a possibilidade aventada

¹³ Enunciado nº 15: Nos Juizados Especiais não é cabível o recurso de agravo, exceto nas hipóteses dos artigos 544 e 557 do CPC.



pela doutrina de travar-se tal contraditório em preliminar de apelação. A essa altura do trâmite processual estariam fulminadas a ampla defesa e a duração razoável do processo. Basta pensar no caso do tribunal determinar a anulação de todos os atos praticados por eventual nulidade absoluta. Não há teoria da causa madura que possa recuperar tempo e dinheiro perdidos.

Não surpreende, por isso, a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.679.909/RS¹⁴ pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 14 de novembro de 2017. Adotando a posição exposta no presente trabalho, o colegiado concluiu pelo cabimento do recurso de agravo de instrumento contra decisão não incluída no rol do artigo 1.015 do CPC. A ementa do julgado é, acreditamos, propositalmente ampla, como forma de ampliar ainda mais a interpretação do dispositivo em questão. Veja-se¹⁵:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. [...] DIREITO PROCESSUAL ADQUIRIDO. RECURSO CABÍVEL. [...] INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU EXTENSIVA DO INCISO III DO ART. 1.015 DO CPC/2015. [...] 5. Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma *ratio* -, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.

Importante notar que o julgamento em análise fora proferido à unanimidade. Significa dizer que, num corpo de 33 ministros que compõem o tribunal, 5 deles, totalizando metade da seção competente para o julgamento de recursos sobre direito privado, comungam pela possibilidade de interpretação extensiva do artigo 1.015 do CPC.

Além dos aspectos principiológicos já abordados, o eminente Relator dispõe sobre a necessidade de uma análise da lógica do sistema processual para chegar à conclusão pelo cabimento do recurso. Com efeito, aponta-se a determinação expressa contida no artigo 64, §3º do CPC de que o juiz deverá decidir imediatamente a alegação de incompetência. Dessa forma, se o próprio comando legal indica a urgência e peculiaridade no que tange a decisão sobre a competência, seria no mínimo temerário permitir a postergação da análise do mesmo aspecto pelo tribunal competente, a quem é dado rever as decisões de primeiro grau. Nesse sentido¹⁶ se manifestou o ilustre Ministro Relator ao afirmar que “[d]everas, a possibilidade

¹⁴ BRASIL. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.679.909/RS. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 15 de set. 2018.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Ibid.



de imediata recorribilidade da decisão advém de exegese lógico-sistemática do diploma, inclusive porque é o próprio Código que determina que "o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência" (§ 3º do art. 64)".

Em que pese a lógica do sistema procedimental, a doutrina ensina que a interpretação extensiva não pode ser puramente ampliativa. Em outras palavras, dada a separação constitucional dos poderes, não é dado ao Poder Judiciário imiscuir-se na função própria legislativa. Com isso, é necessário que o texto legal positivado traga alguma brecha para embasar a extensão promovida. Nesse ponto, convergem a doutrina e a jurisprudência ao indicar que este papel é dado ao inciso III do artigo 1.015, que dispõe acerca do cabimento do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem.

A razão proposta nesse ponto é no sentido de que o ideal do dispositivo é comum ao controle da decisão que verifica a competência ou não do juízo. Ao rejeitar a alegação de convenção de arbitragem, o magistrado estará, ao fim e ao cabo, decidindo acerca da competência do Poder Judiciário e, por via reflexa, sua própria. Tanto o é que, além do eminente Ministro Relator, corroboram tal conclusão Fredie Didier Jr.¹⁷, Luiz Guilherme Marinoni¹⁸ e Cândido Rangel Dinamarco¹⁹. A título de exemplo, veja-se o excerto a seguir²⁰:

Não há previsão expressa de agravo de instrumento contra decisões que versam sobre competência. □ As hipóteses de cabimento de agravo de instrumento são taxativas. A taxatividade não impede, porém, a interpretação extensiva. [...] A interpretação extensiva da hipótese de cabimento de agravo de instrumento prevista no inciso III do art. 1.015 é plenamente aceitável. É preciso interpretar o inciso III do art. 1.015 do CPC para abranger as decisões interlocutórias que versam sobre competência. [...] O foro de eleição é um exemplo de negócio jurídico processual; a convenção de arbitragem, também. Ambos, a sua maneira, são negócios que dizem respeito à competência do órgão jurisdicional.

Portanto, como concluem os doutrinadores indicados, em se tratando de situações que possuem a mesma raiz de tratamento pelo legislador, violaria a congruência sistemática a impossibilidade de lançar-se mão da analogia e interpretação extensiva do dispositivo analisado. A posição comum é também no sentido apresentado no início deste capítulo. O

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 237-238.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 146.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 807.

²⁰ DIDIER JR., op. cit. p. 237-238.



voto do Ministro Relator deixa claro que é premente a necessidade de se autorizar a impugnação célere da decisão interlocutória que define a competência, sob pena de causar efeitos indesejados ao processo e também a ambas as partes quando a matéria for definida pelo tribunal de segunda instância.

Por fim, em que pese a notável relevância do julgado ora em análise, não se pode deixar de evidenciar crescente posição doutrinária acerca da impossibilidade de interpretação analógica e extensiva do rol previsto no artigo 1.015 do CPC consoante as decisões impugnáveis por meio do recurso de agravo de instrumento.

Não se pode deixar de notar a congruência dos argumentos expostos, motivo pelo qual merecem análise à parte no presente momento. Para os partidários de tal entendimento, a interpretação extensiva do rol de cabimento do agravo de instrumento cria uma hipótese de preclusão não explícita no texto legal. A preclusão, consubstanciada na perda de um direito pelo seu não exercício, pelo decurso de tempo ou pela prática de ato incompatível com outro já manejado, deve ser clara e distinta no texto de lei justamente por fulminar uma faculdade posta à disposição do jurisdicionado.

Noutro aspecto do mesmo dilema, a consequência disto é a insegurança jurídica que será reflexo imediato. Estará aberta a porta para que sejam perdidos direitos e faculdades que o jurisdicionado sequer sabia da existência pelo simples fato de não estarem positivados. Apesar de se tratar de tema de reflexos amplos e que merece análise detida, adota-se a posição que, assim como nos primeiros julgamentos sobre a interpretação extensiva do artigo 1.015 do CPC, a jurisprudência terá todas as ferramentas disponíveis para que seja contornado tal efeito e não macule o direito individual dos litigantes.

Por fim, responsável pela harmonização da interpretação da legislação federal, o Superior Tribunal de Justiça afetou ao procedimento de solução de recursos repetitivos dois recursos representativos da controvérsia em questão²¹. Até o momento em que este artigo foi produzido, apenas um voto foi proferido. A Ministra Nancy Andriighi sustentou proposta semelhante à aqui abordada, pela mitigação da taxatividade legal, enquanto a Ministra Maria Thereza Assis de Moura interrompeu a votação ao requerer vista regimental. Aguardam-se os próximos votos com atenção.

CONCLUSÃO

²¹ Brasil. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. *Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e nº 1.704.520/MT*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 1º de ago. 2018.



O presente trabalho identificou uma sensível controvérsia que surgiu com o advento do Código de Processo Civil de 2015: a discussão acerca da taxatividade do rol que prevê as decisões interlocutórias desafiáveis por meio do recurso de agravo de instrumento. Apesar da natureza dessa lista ser expressamente exaustiva, conforme prevê o artigo 1.015 do estatuto processual, tal fato não foi unanimemente bem recebido pela comunidade jurídica.

Buscando identificar as inspirações que possam ter levado a essa modificação por parte do legislador, analisou-se a experiência prévia procedimental brasileira com a irrecorribilidade de decisões interlocutórias na legislação que tutela o procedimento sumariíssimo, isso é, a Lei nº 9.099/95. Em que pese as diferenças fundamentais entre os dois procedimentos, principalmente no que tange à simplicidade das causas em julgamento perante esse último, pôde-se concluir que a experiência é satisfatória. Apesar disso, notou-se que a complexidade e variedade das demandas ordenadas pelo procedimento comum podem ser empecilhos para um correto funcionamento do modelo proposto.

Com base nisso, feita uma análise detida de algumas hipóteses de decisões interlocutórias que não foram previstas no rol do artigo 1.015, asseverou-se que a principal ausência a ser notada dizia respeito a decisões que discutissem a competência do juízo. É sensível que o jurisdicionado tenha que se submeter a um longo e custoso litígio para que, apenas ao final de vagarosos anos, seja reconhecido um vício de natureza absoluta que, em respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, determine a anulação do processo e o retorno ao *status quo ante*. Tal conclusão é absolutamente contrária ao propósito do Poder Judiciário de pacificação social.

Ciente da relevância da jurisprudência na interpretação e aplicação do novel dispositivo legal, analisou-se uma primeira e paradigmática decisão do tribunal responsável pela harmonização da aplicação da legislação federal, Superior Tribunal de Justiça, concluindo pela possibilidade de interpretação extensiva e analógica do rol de decisões agraváveis.

Muito embora essa não conclusão não seja compartilhada por diversos representantes doutrinários, à luz do pouco tempo de vigência do código processual, parece ser a melhor solução. É a alternativa que dialoga com os princípios constitucionais já indicados sem causar dispêndio moroso e desnecessário da máquina pública. Parece contraproducente, no mesmo sentido, promover nova alteração fundamental em uma norma tão jovem. É natural que toda



grande mudança provoque reações, motivo pelo qual se conclui que será necessário dar tempo à comunidade jurídica para que promova as adaptações necessárias para adequar a marcha processual.

Nesse sentido, também lançou-se luz à afetação, pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça, de dois recursos especiais ao sistema representativo de controvérsias repetitivas sobre o tema. Em que pese o julgamento estar longe de seu fim, tendo sido apresentado apenas um voto e um pedido regimental de vista, a Ministra Nancy Andrighi demonstrou partilhar da opinião exposta neste trabalho acadêmico ao indicar uma taxatividade mitigada da listagem ora discutida.

Em suma, como toda novidade, é imperioso que se dê tempo aos operadores para a promoção da relevante adequação do mundo concreto em oposição ao que foi pensado pelo legislador. Apesar disso, não se pode concluir que mais uma alteração ao recente estatuto se coadune com o papel que sempre se esperou da doutrina e da jurisprudência, o de interpretação e adaptação da aplicação legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 17 mar. 2018.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.679.909-RS*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em <<http://bit.ly/2GGm6CO>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. *Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e nº 1.704.520/MT*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 01 ago. 2018.

_____. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14 jul. de 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016.



DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação das Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 807.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 146.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.



O RACISMO ESTRUTURAL E A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Daniela Noronha Loureiro

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo - A erradicação das desigualdades e convivência harmoniosa no âmbito social são aspirações e metas do Estado Democrático de Direito, que tem como fim assegurar a dignidade da pessoa humana. Nesse cenário complexo, surgem mecanismos com a pretensão de minimizar as disparidades historicamente existentes, entre eles, as ações afirmativas. Entretanto, ainda há óbices à conscientização da sociedade e implementação de medidas eficazes no combate às desigualdades. A essência desse artigo é demonstrar a relevância que o sistema racial de cotas possui frente aos princípios estabelecidos pela Constituição Federal na implementação do objetivo fundamental de construção de uma sociedade justa e solidária.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Racismo. Estrutural. Institucional. Ações afirmativas. Política de cotas. Constitucionalidade. Isonomia substancial. Dignidade da pessoa humana.

Sumário – Introdução. 1. O racismo estrutural e sistemático no Brasil. Conceito, o mito da democracia racial e suas formas de manifestação na sociedade brasileira contemporânea. 2. Análise da declaração da constitucionalidade das políticas de cotas pelo Supremo Tribunal Federal: fundamentos, relevância e reflexos. 3. Ações afirmativas: recursos que conferem eficácia à implementação do direito fundamental da igualdade substancial e à dignidade humana? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo enfoca o uso de ações afirmativas como mecanismo apto a minimizar o racismo sistemático e estrutural no sistema de justiça brasileiro, de forma a promover a igualdade substancial e a dignidade humana.

O tema, ainda nos dias de hoje, é bastante debatido e controvertido, sendo inegável sua atualidade e relevância social, política, econômica e jurídica.

O racismo institucional ou estruturante consiste em um conjunto de comportamentos, normas e práticas enraizadas em uma sociedade, de cunho discriminatório, adotadas por organizações públicas ou privadas que, movidos por estereótipos e preconceitos, impõe a membros de grupos raciais ou étnicos discriminados situação de desvantagem ao acesso a benefícios gerados pelo Estado e demais organizações e instituições.

Uma das maiores dificuldades ao enfrentamento do problema, segundo conclusão da Organização das Nações Unidas (ONU), reside no fato de que acadêmicos nacionais e



estrangeiros e atores sociais subscrevem ao mito da democracia racial, frequentemente usado para desacreditar ações afirmativas.

Para melhor compreensão do tema, no primeiro capítulo busca-se apresentar o conceito de racismo estrutural e institucionalizado, um breve histórico e formas de manifestação na sociedade brasileira, inclusive, no sistema de justiça.

No segundo capítulo, segue-se analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal que julgaram a constitucionalidade das cotas nas Universidades, democratizando o acesso ao ensino, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF e da reserva de vagas em concursos públicos em favor de negros na Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF, implementando o acesso aos cargos públicos.

O terceiro e último capítulo, expõe a discriminação étnico-racial como forma de grave violação de direitos humanos e ilícito obstáculo ao gozo pleno e integral de tais prerrogativas, significando injusta denegação do dogma de que todos os seres humanos, sem qualquer distinção, nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Por fim, analisa-se os efeitos práticos da adoção das ações afirmativas, os novos desafios diante de uma agenda conservadora com as eleições presidenciais de outubro de 2018, concluindo-se que a prática de ações afirmativas são recursos que visam conferir eficácia à realização da igualdade material, minimizando desigualdades históricas, que não devem retroceder.

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

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



1. O RACISMO ESTRUTURAL E SISTEMÁTICO NO BRASIL. CONCEITO. O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL E SUAS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

O racismo sistemático e estrutural é um tema atual, cotidiano, ainda bastante polêmico e controvertido e de inegável relevância social, política, econômica e jurídica na sociedade brasileira.

A produção e o uso do conceito de racismo institucional para a promoção de políticas de igualdade racial ocorrem desde o final da década de mil novecentos e sessenta, vinculados a contextos pós-coloniais de empoderamento e (re)definição de sujeitos políticos negros em âmbito transnacional.

Nos Estados Unidos, surge na arena da luta pelos direitos civis e políticos e com a implementação de políticas de ação afirmativa. O conceito é enunciado de maneira pioneira no livro *Poder Negro*¹ – Carmichael, Hamilton, 1967 – de autoria de dois intelectuais e lideranças do movimento Panteras Negras.

O racismo institucional, tal como definido pelos autores, denuncia estruturas brancas de poder e cria condições políticas para se estabelecerem estruturas de poder negro. Os autores se referem ao racismo como a predicação de decisões e de políticas sob considerações de raça com propósito de subordinar um grupo racial e mantê-lo sob domínio.

O racismo apresenta-se ao mesmo tempo aberto e encoberto, em duas formas estreitamente relacionadas entre si.

Quanto à forma individual, o racismo manifesta-se em atos de violência de indivíduos brancos que causam mortes, danos, destruição de propriedades, insultos e agressões diversas contra indivíduos negros.

Já com a forma de racismo institucional, aparece menos identificável em relação aos indivíduos específicos que cometem esses atos, mas não por isso menos destrutivos de vidas humanas. Tem origem no funcionamento das forças consagradas da sociedade e recebe condenação pública muito menor do que a primeira forma de racismo. Dá-se por meio da reprodução de políticas institucionalmente racistas, sendo, por isso, muito difícil a responsabilização dos indivíduos por tais práticas. Porém, são os próprios indivíduos que reproduzem essa política, até mesmo de forma inconsciente. Inclusive, as estruturas de poder

¹ CARMICHAEL, Stokely e HAMILTON, Charles . PEREIRA, Amauri M. (Org.). *Black power: a política de libertação nos EUA*. Belo Horizonte: Nandyala, 2017, p.37.



branco absorvem, em muitos casos, indivíduos negros nos mecanismos de reprodução do racismo.

Na Inglaterra, o conceito passa a ser incluído como instrumento para a proposição de políticas públicas na década de mil novecentos e oitenta, como resultado do empoderamento da população negra e da ineficiência do poder judiciário em responder de forma adequada às demandas dessas pessoas.

A respeito do tema, na doutrina pátria, leciona o professor André de Carvalho Ramos²:

No Brasil, a discriminação sistêmica foi detectada no chamado “racismo institucional” que consiste em um conjunto de normas, práticas e comportamentos discriminatórios cotidianos adotados por organizações públicas ou privadas que, movidos por estereótipos e preconceitos, impõe a membros de grupos sociais ou étnicos discriminados situação de desvantagem no acesso a benefícios gerados pelo Estado e por demais instituições e organizações.

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU)³ em informe publicado sobre discriminação racial no país, “o racismo no Brasil é estrutural e institucionalizado e permeia todas as áreas da vida”.

Um dos maiores obstáculos ao enfrentamento do problema, segundo o organismo internacional, reside no fato de que acadêmicos nacionais e estrangeiros e atores sociais ainda subscrevem ao mito da democracia racial⁴, frequentemente usado para desacreditar as ações afirmativas, de forma que parte substancial da sociedade brasileira nega a existência do racismo.

No entanto, os peritos da Organização constataram que os negros no país são as maiores vítimas de homicídios, têm a menor escolaridade, menores salários, maior taxa de desemprego, menor acesso à saúde, são os que morrem mais cedo e têm menor participação no Produto Interno Bruto (PIB). Porém, são os que mais lotam as prisões e menos ocupam postos nos governos.

² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo. Saraiva, p.580.

³ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *O racismo mata e não podemos ser indiferentes* Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/o-racismo-mata-e-nao-podemos-ser-indiferentes-diz-onu-brasil-em-lancamento-da-campanha-vidas-negras>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

⁴ Por “mito da democracia racial brasileira” se entende o dogma pelo qual afirma-se que no Brasil não há discriminação racial graças a fenômenos como a miscigenação e ante a ausência de políticas de separação como as dos Estados Unidos. Afirmações estas que tem suas origens remotas nas ideias de que a escravidão no Brasil foi mais branda, de que os colonizadores portugueses eram mais adaptados à mistura. E assim, criou-se no imaginário brasileiro, em especial na República Velha, a ideia de que pretos e brancos no Brasil convivem em perfeita harmonia, sem confronto.



Destacou a ONU que o Brasil não pode ser chamado de uma democracia racial, pois órgãos do Estado são caracterizados por um racismo institucional, nos quais as hierarquias raciais são culturalmente aceitas como normais⁵.

A conclusão das Nações Unidas decorreu da apresentação de dados sobre a situação dos negros no país, que representam mais de 50% da população e apenas 20% do PIB. O desemprego é 50% superior ao restante da sociedade e a renda corresponde à metade dos brancos. No campo da cultura, ainda, a participação dos afrodescendentes é superficial e as taxas de analfabetismo correspondem ao dobro do restante da população.

A violência policial contra os jovens afro-brasileiros é tema de grande preocupação dos organismos internacionais. A polícia é responsável por manter a segurança pública, mas o racismo institucional, a discriminação e uma cultura de violência levam a práticas de um perfil racial, torturas e humilhação, em especial contra afro-brasileiros. E, assim, o uso da violência para o controle do crime passou a ser aceito pela sociedade como um todo porque é perpetuada contra um setor da sociedade cujas vidas não são consideradas tão valiosas.

Consoante o relatório, desde 2014, há preocupação com a resistência de grupos políticos com os avanços para solucionar o problema com projetos de lei visando à redução das desigualdades, havendo risco de verdadeira regressão diante das ameaças de grupos da extrema-direita.

A negação da existência de racismo configura também barreira ao acesso à Justiça. O sistema de justiça termina por operar como braço instrumentalizador do racismo estrutural reproduzindo com o peso das institucionalidades, a desigualdade racial. Desse modo, apesar da Constituição e das leis determinarem ao Sistema de Justiça o resguardo dos direitos humanos, na prática reforça a desvalia das vidas negras para o país.

A seletividade da justiça criminal é de fácil constatação. Segundo dados do Infopen/Ministério da Justiça, dos 622.202 presos 61,6% são negros. Pesquisa feita pelo grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) demonstra que o número de mortos em decorrência de ações policiais em São Paulo é o triplo para a população negra se comparada à branca. Dados da Anistia Internacional informam que quatro a cada cinco vítimas de homicídios decorrentes de intervenção policial na cidade do Rio de Janeiro são homens negros.

⁵ JUSTIFICANDO. *Ações afirmativas no MP: sinalizações para o enfrentamento ao racismo estrutural?* Disponível em: <<https://www.justificando.com/2017/06/14/acoes-afirmativas-no-mp-sinalizacoes-para-o-enfrentamento-ao-racismo-estrutural>> Acesso em: 15 mai. 2018.



Diante do cenário apresentado, a ONU Brasil lançou, em novembro de 2017, a campanha #VidasNegras, em que faz um apelo à sociedade brasileira por respostas ao racismo e à discriminação, tendo em vista que um jovem negro morre a cada vinte e três minutos no país⁶.

Assim, o racismo estrutural apresenta diversas facetas, que vão desde a discriminação como obstáculo à cidadania plena, passando pelo tratamento desigual de pessoas negras em espaços públicos e pelo vazio deixado nas famílias e comunidades, que tiveram seus jovens assassinados, chegando ao problema da filtragem racial, ou seja, escolha de suspeitos pela polícia, com base, exclusivamente, na cor da pele.

Dessa maneira, impõe-se a desconstrução da ideologia do branqueamento⁷, que afeta parte significativa de nossa sociedade e o reconhecimento de que as raízes da desigualdade brasileira estão, na verdade, na escravidão⁸.

Com a adoção de ações afirmativas, acredita-se na possibilidade de reflexão pelas instituições sobre o racismo institucional que permeia também nos seus métodos e, desse modo, instaure-se um círculo virtuoso necessário à verdadeira democratização do país, de seus espaços de mando e decisão e da construção de narrativas oficiais.

2. ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS POLÍTICAS DE COTAS RACIAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FUNDAMENTOS, RELEVÂNCIA E EFEITOS.

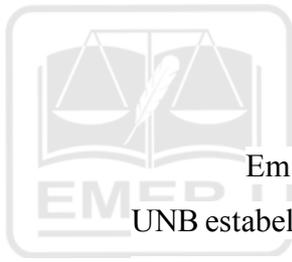
Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal analisou a matéria na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, proposta pelo Partido Democratas. No dia 25 de abril de 2012, em decisão unânime e histórica, o STF julgou improcedente a ADPF, declarando a constitucionalidade da reserva de vagas para negros e indígenas na Universidade de Brasília⁹.

⁶ Ibidem.

⁷ Amplamente aceita no Brasil no período entre 1889 e 1914, como a "solução" para o excesso de negros. Simpatizantes da ideologia de Branqueamento acreditavam que a raça negra iria avançar culturalmente e geneticamente, ou até mesmo desaparecer totalmente, dentro de várias gerações de *miscigenação* entre brancos e negros, em razão da supremacia branca. Esta ideologia, ganhou o apoio da ideologia do racismo científico e foi um ato Darwinismo social, no qual foi aplicada a teoria de Darwin da seleção natural a uma sociedade ou a sua raça.

⁸ Nesse sentido, a conclusão de SOUZA, Jessé em *A elite do atraso – Da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro. Leya, 2017, p.232.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº186/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>> Acesso em: 16 set. 2018.



Em conformidade com a Corte Suprema, as políticas de ação afirmativa adotadas pela UNB estabeleceram um ambiente acadêmico plural e diversificado, implementando a superação de distorções sociais historicamente consolidadas.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, descritos no art. 3º, I da Constituição da República de 1988¹⁰, impõe a reparação de danos pretéritos do país com relação aos negros.

Assim, conforme aduziu o Min. Luiz Fux¹¹, a instituição de cotas dá cumprimento ao dever constitucional que atribui ao Estado a responsabilidade com a educação, de forma a permitir acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, de acordo com a capacidade de cada indivíduo.

Ademais, a correção de desigualdades concretamente verificadas assegura a isonomia substancial, prevista no caput do art. 5º da Carta da República¹², possibilitando ao Estado lançar mão de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, ou de ações afirmativas dirigidas a grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo-lhes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Ressaltou o Ministro Relator¹³, no que diz respeito ao princípio constitucional da igualdade, que o modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade, de modo que medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso país, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

Desse modo, a metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de forma a assegurar que a

¹⁰ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil.03/Constituição/Constituição.htm>> Acesso em: 15 jul.2018.

¹¹ Idem, op.cit nota 9

¹² Ibidem

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 186/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em<<https://wwwhttp://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>> Acesso em 16 set. 2018.



comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição Federal.

Por sua vez, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls¹⁴, por meio da aplicação da denominada “justiça distributiva”, que possibilite a superação das desigualdades, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo.

Assim, justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes¹⁵, o reduzido número de negros nas universidades é resultado de um processo histórico, decorrente do modelo de desenvolvimento escravocrata, da baixa qualidade da escola pública e conseqüente dificuldade de aprovação no vestibular.

Do alto de seu lugar de fala, na mesma linha, acompanhando o voto do relator, afirmou Joaquim Barbosa¹⁶:

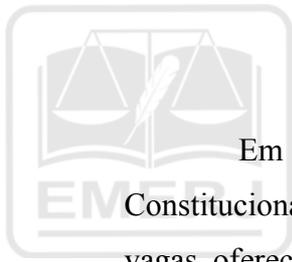
[...] não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à condição de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo, no plano doméstico, uma política de exclusão em relação a uma parcela expressiva de sua população.

No entanto, as políticas inclusivas, fundadas na discriminação reversa, apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, poderiam converter-se em benefícios permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação incompatível com o espírito de uma Constituição democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

¹⁴ RAWLS. John. *A theory of Justice*. Estados Unidos: Hd university Press. 1971, p.461.

¹⁵ BRASIL, opus citatum, nota 13.

¹⁶ Ibidem



Em 2017, o STF novamente analisou a política de cotas na Ação Declaratória de Constitucionalidade 41¹⁷, reconhecendo a validade da Lei nº 12.990/14, que reserva 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração federal. A decisão também foi unânime.

O relator, Ministro Luiz Roberto Barroso¹⁸, considerou a lei movida por um dever de reparação histórica decorrente da escravidão e de um racismo estrutural existente na sociedade brasileira.

O decano Celso de Melo¹⁹, por sua vez, salientou, ao defender as políticas de inclusão:

[...] de nada valerão os direitos e de nenhum significado serão revestidas as liberdades se os fundamentos em que esses direitos e liberdades se apoiam, além de desrespeitados pelo poder público ou transgredido por particulares, deixarem de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais como os proporcionados pelas políticas de ações afirmativas.

Por certo que haveria, nessa hipótese referida pelo ministro, a previsão de direitos fundamentais que não seriam dotados de eficácia, diante da ausência de mecanismos aptos a conferirem aplicabilidade, em afronta ao disposto no art. 5º, parágrafo 2º da CRFB/1988.

Com base não só nos fundamentos aduzidos, mas também no princípio de direito à busca da felicidade, o ministro se manifestou pela constitucionalidade de medidas compensatórias como a inserida na lei em questão.

Com efeito, em que pese os fundamentos dos relevantes julgados, cabe ressaltar que as ações afirmativas não são uma solução em si mesmas. Trata-se de uma etapa provisória e necessária ao atingimento dos fins constitucionalmente previstos na construção de uma sociedade justa e solidária

Portanto, indiscutível a constitucionalidade e legitimidade das ações afirmativas na implementação de uma sociedade plural, justa e solidária e na redução das desigualdades decorrentes do racismo estrutural.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 41/DF*. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>> Acesso em: 16 jun.2018

¹⁸ Ibidem

¹⁹ Ibidem

3. CRÍTICAS DA ADOÇÃO DA RESERVA DE COTAS. EFEITOS PRÁTICOS DA IMPLEMENTAÇÃO. NOVOS DESAFIOS NA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. DIGNIDADE HUMANA.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato, possuem efeito *erga omnes* e vinculante ao Poder Executivo e demais órgãos do Poder Judiciário.

Por esse motivo, as declarações de constitucionalidade das políticas de cotas foram tão relevantes como forma de minimizar a discriminação estrutural que coloca o povo negro, ainda hoje, em posição de submissão.

No entanto, as cotas raciais sempre foram passíveis de preocupações e críticas, sendo os principais argumentos contrários: a queda da nota na entrada da universidade, a falta de condição dos cotistas em acompanhar as aulas e obter um bom desempenho, o abandono da faculdade durante o curso, tornarem-se os cotistas profissionais despreparados com dificuldades no mercado de trabalho e o agravamento da questão racial no Brasil.

Após dezesseis anos da inovadora implementação da política de cotas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ e seis anos da decisão do Supremo na ADPF nº186, pesquisas revelam conclusões muito positivas²⁰.

A Instituição de Ensino Superior - Insper analisou os dados do Exame Nacional do Ensino Médio, o ENEM, cuja prova dá acesso a muitas universidades brasileiras, e constatou que a nota média dos não cotistas no ingresso às instituições de ensino superior tem variação irrisória, não chegando a 5%.

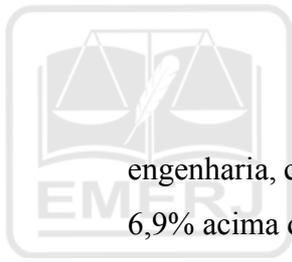
No curso de medicina da Universidade Federal do Rio de Janeiro, por exemplo, confirma-se o dado: os cotistas entraram com nota apenas 5% inferior à dos demais. Na Universidade de Brasília, a diferença em medicina é pouco maior, 6%.

O acesso às universidades, portanto, continua competitivo.

No Exame Nacional de Desempenho do Estudante - ENADE, teste que mede a qualidade do ensino superior, os estudantes cotistas tiram, em média, notas 10% menores que as dos demais na prova de conhecimentos específicos. Percentual considerado bem pequeno, de acordo com resultado do levantamento feito pelos pesquisadores Fábio Waltenberg e Márcia de Carvalho, da Universidade Federal Fluminense.

Na UnB, que avaliou uma década de cotas de seus alunos, o desempenho dos dois grupos é praticamente igual, inclusive nos cursos considerados mais exigentes, como

²⁰ VEJA. Cotas? *Melhor tê-las*. Disponível em [https:// veja.abril.com.br/revista.veja/cotasmelhor-tê-las-2/](https://veja.abril.com.br/revista.veja/cotasmelhor-tê-las-2/)
Acesso em: 05 out.2018.



engenharia, ciência da computação e medicina. Em 2009, os cotistas tiveram notas até maiores: 6,9% acima das dos não cotistas.

Quanto à afirmação relativa ao abandono do curso pelos cotistas, estudos revelam que é justamente o contrário.

Uma comparação da Uerj mostra que, até hoje, dos 21.300 (vinte e um mil e trezentos) estudantes que lá ingressaram por cotas, 26% desistiram no meio do caminho. Entre os não cotistas, o índice é de 37%. Outro estudo informa que, na UnB, a evasão é de 3,4% entre cotistas e 3,1% entre não cotistas. Índices quase iguais, portanto.

A faculdade mede esforço, determinação e força de vontade, que não faltam aos cotistas, afirma o economista Naercio Menezes do Insper.

No que diz respeito ao preparo como profissionais, VEJA²¹ ouviu 300 graduados em universidades; metade pelo sistema de cotas, metade pelo regime convencional.

A pesquisa mostrou que, em número de pessoas com emprego no momento, os cotistas e os não cotistas se equivalem, com 75% de sucesso nos dois casos.

Entretanto, uma diferença persiste: não cotistas ganham mais. No universo pesquisado, o salário médio deles é de R\$9.500,00 (nove mil e quinhentos reais), o dos cotistas fica em R\$7.000,00 (sete mil reais).

Por fim, no que se refere ao agravamento da questão racial, não se tem notícia de agravamento de conflitos raciais em campus universitários de norte a sul do país.

Em 2016, foram feitos 1.326²² registros no serviço de atendimento disque 100, de denúncias contra agressões e preconceito de raça, não havendo indicativo de que o aumento seja resultado da presença de negros, pardos e índios nas universidades.

Ao contrário, tudo sugere que se trata de uma reação ao racismo que, historicamente, permeia a sociedade brasileira de modo geral.

Desse modo, observa-se que, apesar das críticas e dificuldades, a implementação das políticas de cotas teve resultados positivos na inclusão no ensino e inserção ao mercado de trabalho de parcela vulnerável da população.

Assim, verifica-se que as ações afirmativas constituem instrumento efetivo de combate ao racismo estrutural.

As cotas nas universidades e no acesso aos cargos públicos promoveram uma pequena revolução, ensejando a democratização no acesso à educação e ao trabalho.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

No entanto, é necessária uma política pública governamental mais inclusiva para superação das desigualdades ainda existentes, de mais cotas, inclusive nos concursos públicos em geral e cursos jurídicos, a exemplo do programa da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, com sua política inclusiva, pois um jovem negro dificilmente teve a mesma oportunidade educacional de um branco.

O aumento de juízes negros com consciência de ser negro, que entendam o seu papel estratégico no cargo que ocupam.

É urgente e necessário levarmos para as escolas o ensino sobre a cultura negra, a escravidão que massacrou e condenou uma população às favelas.

Logo, as políticas públicas afirmativas são recursos que buscam conferir eficácia à realização da igualdade material, minimizando injustiças históricas e implementando a dignidade humana.

Portanto, tendo em vista o princípio da vedação ao retrocesso, em tema de direitos humanos e fundamentais, reconhecido determinado direito na ordem interna como fundamental, ou, em sua dimensão global na sociedade internacional, inicia-se a fase de consolidação, de forma que é vedado ao Estado a redução ou desconstituição das conquistas alcançadas, que não poderão retroceder.

CONCLUSÃO

Observa-se que o racismo estrutural e institucionalizado cuida-se de fato normal e cotidiano na sociedade brasileira, muitas vezes encoberto pelos dogmas da meritocracia e cegueira de cor.

Por essa razão, o racismo exerce papel central em outras formas de subordinação, reforçando a necessidade de um compromisso com a crítica e justiça social.

Logo, verifica-se que a discriminação étnico-racial constitui grave violação de direitos humanos e ilícito obstáculo ao gozo pleno e integral de tais prerrogativas, acarretando injusta denegação da tese de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato, que possuem efeito *erga omnes* e vinculante, ao Poder Executivo e aos demais órgão do Poder Judiciário representaram um paradigma no reconhecimento das políticas de ação afirmativa.



A Corte Suprema reconheceu ser fato histórico incontroverso a deficiência educacional e cultural do negro em razão de barreiras institucionais ao acesso, concluindo pela existência de dever ético e jurídico da sociedade e do Estado perante tamanha desigualdade à luz dos objetivos fundamentais da República, nos termos do artigo 3º da Constituição Federal, o qual preconiza uma sociedade solidária, a erradicação da situação de marginalidade, redução da desigualdade, além da promoção do bem de todos independentemente de cor.

Ademais, asseverou o Supremo Tribunal Federal que a política de cotas está em consonância com a CRFB/88 e os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, sendo que as políticas implementadas estabeleceram um ambiente acadêmico plural e diversificado ao encontro da superação de distorções historicamente consolidadas.

Assim, impõe-se a reparação de danos pretéritos e presentes do país em relação aos negros, com base na Constituição da República Federativa do Brasil, que determina entre seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da situação de marginalidade, a desigualdade, além da promoção do bem de todos independentemente de cor.

Com efeito, de nada valerão os direitos e significarão as liberdades se os fundamentos em que se apoiam desrespeitados pelo particular ou pelo próprio poder público não contarem com o apoio e suporte de mecanismos institucionais eficazes, como os proporcionados pelas ações afirmativas.

Portanto, insofismável a constitucionalidade e legitimidade das ações afirmativas, como instrumentos de transformação social na implementação de uma sociedade plural, justa e solidária e com a redução das desigualdades decorrentes do racismo estrutural.

A prática de discriminação e racismo configura grave violação de direitos humanos, acarretando injusta denegação do dogma de que todos os seres humanos, sem qualquer distinção, nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Por isso, sim, é preciso falar sobre racismo e resistir aos retrocessos.

REFERÊNCIAS:

A DÉCIMA Terceira Emenda, dir. Ava DuVernay, 2017. Produção: Howard Barish, Ava Du Vernay e Spencer Averick, Estados Unidos, Kandoo Films, 2016. Netflix

BARROSO, Luiz Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Rio de Janeiro: Fórum, 2010

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais? O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil.03/Constituição/Constituição.htm>> Acesso em 15 jul 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 186/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<<https://wwwhttp://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>> Acesso em: 4 abr 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 41/DF*. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em:

<<https://wwwhttp://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>> Acesso em: 16 jun 2018

CARMICHAEL, Stokely e HAMILTON, Charles V.. PEREIRA, Amauri M. (Org.). *Black power: a política de libertação nos EUA*. Belo Horizonte: Nandyala, 2017

FETZNER, Néli L. C.; TAVARES JUNIOR, Nelson Carlos; FERREIRA, Iraélcio. *Lições de gramática aplicadas ao texto jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

JUSTIFICANDO. *Ações afirmativas no MP: sinalizações para o enfrentamento ao racismo estrutural?* Disponível em: <<https://www.justificando.com/2017/06/14/acoes-afirmativas-no-mp-sinalizacoes-para-o-enfrentamento-ao-racismo-estrutural>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. Brasília: Jus Podvm, 2016

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016

RAWLS, Jhohn. *A Theory of Justice*. Estados Unidos: Hard University Press, 1971

SOUZA, Jessé. *A Elite do atraso: Da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017

VEJA. *Cotas? Melhor tê-las*. Disponível em <https://veja.abril.com.br/revista-veja/cotas-melhor-te-las-2/> Acesso em: 05 out. 2018



O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FACE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA – O PARADIGMA DO MP DE MINAS GERAIS

Deborah Akemi Utiyama

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada.

Resumo: O presente trabalho busca analisar quem são os indivíduos que vivem em situação de rua, quais direitos fundamentais nucleares lhes são negados e como age o Estado brasileiro em face do problema. Além disso, defende-se que o Ministério Público é uma instituição essencial para que se busque a concretude de tais direitos fundamentais das pessoas em situação de rua. A título de exemplo e modelo que poderia ser implantado nos demais Estados da Federação, analisa-se o projeto pioneiro do Ministério Público de Minas Gerais, que, em atuação conjunta com diversas esferas do governo local, conseguiu criar, de forma integrada, políticas públicas eficiente em favor dos moradores de rua.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Humanos. Pessoas em situação de rua. Ministério Público. Direitos fundamentais. Mínimo existencial.

Sumário: Introdução. 1. A população em situação de rua – conceito, contextualização na sociedade brasileira e os direitos fundamentais que lhes são denegados. 2. Do papel constitucional do Ministério Público na efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua. 3. O paradigma adotado pelo Ministério Público de Minas Gerais e a sua atuação conjunta com outras esferas do Poder Público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A população de rua é fenômeno social que afeta o mundo como um todo, e cada vez se torna mais complexo. A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, coroado pela Declaração de Direitos Universais do Homem e do Cidadão, que, em tese, garante direitos fundamentais e o mínimo existencial a todo ser humano. O art. 6º da Constituição Federal é crítico na análise da situação da população de rua, pois ele garantiria, com eficácia plena, os direitos à moradia, alimentação, saúde, educação, entre outros, o que, entretanto, não se verifica pragmaticamente.

Em que pese a existência formal de políticas públicas em defesa dos direitos da população de rua, a sua efetividade é muitas vezes questionada. Há um aumento vultoso de tal população nos últimos anos, em detrimento das constantes crises econômicas pelas quais o país tem passado, sem uma resposta contundente do Poder Público.



Assim sendo, quer-se demonstrar, por meio deste trabalho científico, a importância do Ministério Público como instituição garantidora de direitos fundamentais, com especial atenção à população de rua, e como o paradigma adotado pelo Ministério Público de Minas Gerais em conjunto com as instituições públicas locais poderia ser considerado como modelo a ser adotado pelos outros entes da Federação.

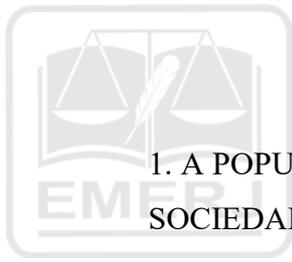
O primeiro capítulo deste trabalho científico abordará quem são os indivíduos em situação de rua, como estão inseridos na sociedade brasileira, e como a dignidade humana, como princípio fundante de toda a ordem constitucional, bem como os demais direitos fundamentais, lhes são negados.

O segundo capítulo tratará do papel institucional do Ministério Público enquanto garantidor de direitos fundamentais, especialmente quanto aos indivíduos fragilizados que se encontram em situação de rua. Quer-se explorar como os poder-deveres do MP é nuclear para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais dos moradores de rua, e, conseqüentemente, da própria dignidade humana.

O terceiro e último capítulo realizará o estudo de caso do modelo assistencial criado pelo Ministério Público de Minas Gerais, pioneiro em criar o projeto “Rua de Direitos” em conjunto com o Tribunal de Justiça (TJMG) e o Serviço Voluntário de Assistência Social (Servas). Neste Termo de Cooperação Técnica (TCT), há o objetivo não só de esclarecer a sociedade em geral acerca da problemática das pessoas em situação de rua, a exemplo da distribuição de cartilhas educativas acerca do problema, como também de criar políticas assistenciais que efetivem o disposto no art. 6º da Carta Magna.

Quanto à metodologia, será realizada uma análise sistemática e científica sob o viés epistemológico que se exige, para que o trabalho seja relevante para a comunidade científica. A presente pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético dedutivo. Pretende-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas, em que o pesquisador crê ser possível e condizente com o objeto do trabalho. Quer-se comprovar ou rejeitar as proposições hipotéticas argumentativamente.

Assim sendo, a abordagem será qualitativa do objeto proposto, pois o pesquisador se pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, esta que analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.



1. A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA – CONCEITO, CONTEXTUALIZAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE LHE SÃO DENEGADOS

“É possível efetividade de direitos aos excluídos?”¹ – quer-se acreditar nesse presente trabalho que sim, assim como outros doutrinadores já defendem a atribuição de poder a todas as esferas da sociedade civil, especialmente quanto àqueles grupos com maior fragilidade econômica. O processo de engajamento seria dialógico, intersubjetivo e de compreensão da alteridade social.²

Seria também um processo de “desocultação”, pois a sociedade muitas vezes escolhe comodamente esconder as pessoas em situação de rua, seja por discriminação, seja por ignorância, como ressalta Melo³. Tal estigma perpassa desde a indiferença até o homicídio, de forma que o problema é muito mais do que apenas denegar direitos à moradia, saúde ou qualquer outro elencando no art. 6º da Constituição Federal – o superprincípio da dignidade humana, que é fundante de todos os demais princípios, sequer é preservado, na maioria dos casos.⁴

Ademais, o próprio conceito acerca da população de rua permaneceu por muito tempo com conotações que mais discriminavam do que reconheciam a luta e os problemas que tais pessoas enfrentam. Assim, pode-se delinear o morador de rua, nas palavras de Maria Lúcia Lopes da Silva⁵:

Grupo populacional heterogêneo, mas que possui, em comum, a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, em função do que as pessoas que o constituem procuram os logradouros públicos (ruas, praças, jardins, canteiros, marquises e baixios de viadutos), as áreas degradadas (dos prédios abandonados, ruínas, cemitérios e carcaças de veículos) como forma permanente, podendo utilizar albergues para pernoitar e abrigos, casas de acolhida temporária ou moradias provisórias.

Assim, as pessoas em situação de rua são aquelas que resistem socialmente nos espaços públicos, já que são o “único e último lugar”⁶ que sobrou para residirem. A moradia na rua é por falta de opção e inefetividade das políticas públicas que são implementadas. Muitas vezes,

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo César Vicente de [Orgs.]. *Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2016, p. 25.

² *Ibidem*, p. 25-26.

³ MELO, Cíntia de Freitas. *População de Rua: Entre a exclusão e a justiça social*. In *ibidem*, p. 51-52.

⁴ BELIZÁRIO, Deryck Miranda. Os Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua: O Ministério Público como Instituição Garantidora desses Direitos. *Revista De Jure*, v. 16, n. 29, jul-dez 2017, p. 296.

⁵ SILVA, Maria Lúcia da. *Trabalho e População de Rua no Brasil*. São Paulo, Cortez, 2009, p. 136.

⁶ *Ibidem*, p. 136.



o movimento nos espaços públicos é preconceituoso, com o fim de “limpar” as ruas e expulsar tais indivíduos de onde estão, para “higienizar” a cidade.⁷

De acordo com Samuel Rodrigues⁸, o Estado passou a implementar políticas públicas direcionadas a eles, mas não com o intuito de protegê-los:

O Estado que outrora ignorou a existência dessas pessoas hoje nega seus direitos. Não só nega como muitas vezes viola tais direitos, principalmente por meio dos agentes de segurança pública que se colocam a serviço dos interesses financeiros municipais, estaduais e nacionais. As pessoas em situação de rua têm sido vistas e apontadas como dependentes químicos, como pessoas com pouca vontade de reverter esse quadro e até mesmo como criminosos.

Contudo, é interessante observar que o problema das pessoas em situação de rua não é uma mazela que afeta a poucos: conforme pesquisa nacional realizada entre agosto de 2007 e março de 2008, através de uma parceria do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e a UNESCO, verificou-se que, nos municípios com mais de 300.000 habitantes e nas capitais (com exceção de Belo Horizonte, São Paulo e Recife), haveria 31.922 adultos morando nas ruas.⁹

Ao se considerar que foram 71 municípios pesquisados, aparentemente não seria tanto quanto se imagina, pensam alguns. Mas deve-se atentar que São Paulo, uma das maiores capitais em população do país, ficou de fora, de maneira que o número poderia ser ainda mais assustadoramente expressivo. Além disso, a referida pesquisa sequer englobou crianças e adolescentes na contagem de pessoas em situação de rua.¹⁰

Dentre as conclusões da pesquisa nacional, se verificou que boa parte são do sexo masculino, negros, que recebem entre R\$ 20,00 e R\$ 80,00 semanais, e que a maioria é trabalhadora, que exerce alguma atividade remunerada – para ser mais exato, 70,9% dos entrevistados. Apenas 15,7% deles pedem dinheiro como principal meio de sobrevivência, e 74% dos entrevistados sabe ler e escrever.¹¹

Como outros dados interessantes a serem trazidos à tona, pode-se ressaltar que boa parte deles está em situação de rua por causa de álcool/drogas, desemprego ou desavenças com a família, e que a principal reclamação que têm além do desconforto é a violência nas ruas. Em adição a isso, 60% dos entrevistados já teria passado por alguma instituição pública, seja uma

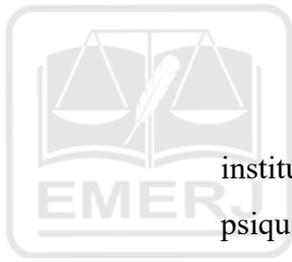
⁷ BRASIL, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. *Direitos do Morador de Rua – Um Guia na Luta pela Dignidade e Cidadania*, Assessoria de Comunicação Social – Núcleo de Publicidade Institucional, p. 13-15.

⁸ RODRIGUES, Samuel. *A voz da Rua*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 23.

⁹ ASSIS, Gilmar de. *Breves reflexões sobre os direitos da população em situação de rua*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 279.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.



instituição de recuperação para dependentes químicos, seja um abrigo institucional, hospital psiquiátrico ou até mesmo casa de detenção.¹²

Assim sendo, evidencia-se estatisticamente que a pessoa em situação de rua em nada se confunde com a figura discriminada que povoa o ideário social comum. O lugar comum da sociedade acredita que o morador de rua assim vive porque “não quis estudar”, ou “tem preguiça”, “prefere viver de esmola” etc.

Por fim, se verificou que a maior parte dos adultos em situação de rua também não estão assistidos por nenhum dos programas governamentais. São 88,5% dos entrevistados que afirmaram que não recebem qualquer tipo de benefício dos órgãos governamentais.¹³ Em razão de números tão alarmantes, é de se assustar que não haja a devida adoção de políticas públicas efetivas e uniformes por todo o país.

Por todo o exposto, chega-se à conclusão que moradores de rua são aqueles que vivem na total exclusão do sistema vigente, e que ou são invisíveis à população e ao Estado ou são vistos com repulsa e discriminação. Além disso, são indivíduos que sofrem diariamente com a negação de seus direitos fundamentais.

Apesar de ser uma população muito heterogênea e que não pode ser estudada de uma só perspectiva,¹⁴ sabe-se que o que é homogêneo dentre esses indivíduos seria a inefetividade dos direitos fundamentais que a Constituição, em tese, garante a todo cidadão. Além disso, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), aprovada pelo Congresso Nacional em 1993, traria alguns direitos dos indivíduos em situação de rua.¹⁵

Após a alteração da Lei nº 11.258 de 30 de dezembro de 2005, passou a ser obrigatória a formulação de programas de amparo à população de rua, de forma que caberia ao poder público municipal implementar serviços e programas sociais com esse intuito. Como bem salienta Eloy P. Lemos e Francys Gomes¹⁶:

de acordo com a nova legislação, portanto, o poder público municipal passou a ter a tarefa de manter serviços e programas de atenção à população em situação de rua, garantindo padrões básicos de dignidade e não violência na concretização de mínimos sociais e dos direitos de cidadania a esse segmento social.

Assim como as pessoas em situação de rua têm por direito constitucional serem *consideradas cidadãs integrais, também as políticas públicas que as contemplam devem* ser pensadas desde uma perspectiva interdisciplinar e integral, deslocando-se da Assistência Social a responsabilidade exclusiva pelo atendimento a esse segmento.

¹² ASSIS, op. cit., p. 282-283.

¹³ Ibidem, p. 283-284.

¹⁴ LEMOS JUNIOR, Eloy P.; FREITAS, Francys Gomes. *Direitos trabalhistas das pessoas em situação de rua, eficácia e tutela de seus direitos fundamentais*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 313-314.

¹⁵ Ibidem, p. 315.

¹⁶ Ibidem, p. 315.



Dessa forma, foi criada uma Política Nacional para Inclusão da População em Situação de Rua, criada principalmente por meio da representação de associações de catadores de materiais recicláveis e o Governo Federal.

Deve-se ressaltar que a dignidade humana, enquanto super princípio que funda e abrange todos os demais direitos fundamentais elencados no texto constitucional, é também denegada a tais indivíduos. A dignidade humana somente é efetivada quando os demais direitos fundamentais são prontamente garantidos pelo Poder Público, o que não ocorre no caso em tela. Como bem disse Belizário¹⁷:

neste sentido – se o princípio da dignidade da pessoa humana irradia valores e vetores de interpretação para os demais direitos fundamentais, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma e jamais como um meio para o fim – é que se pode concluir que se os direitos fundamentais como vida, liberdade, igualdade, lazer, moradia, saúde, educação e alimentação (direitos básicos) não forem assegurados pelo Poder Público, não se pode falar em dignidade, uma vez que todos os direitos supracitados devem ser resguardados para efetivar o fundamento maior da República: a dignidade da pessoa humana.

Em razão de tudo o que fora exposto até o presente momento, verifica-se que o art. 6º, da Constituição Federal de 1988, não é atendido suficientemente, de forma que a população de rua tem o direito ao mínimo existencial denegado, conseqüentemente. Contudo, quer-se defender no presente trabalho científico que o Ministério Público, enquanto instituição pública indispensável para a democracia e para o Estado de Direito, tem papel nuclear na defesa dos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua.

2. DO PAPEL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

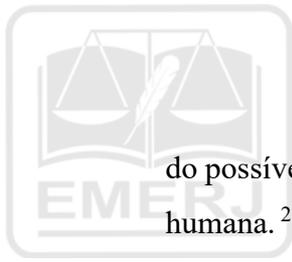
Os moradores de rua, como demonstrado, são a parte mais fragilizada e marginalizada da sociedade, e que têm muitos direitos fundamentais denegados, entre eles, o próprio direito ao mínimo existencial e à dignidade humana. Acredita-se neste trabalho que o Ministério Público, por meio dos poderes-deveres que a Constituição da República Federativa do Brasil concedeu-lhe, tem como realizar a efetivação de tais direitos fundamentais, de forma preventiva, e não repressiva.¹⁸

Ademais, cabe ressaltar que o Colendo Supremo Tribunal Federal tem decidido de forma reiterada, desde o *leading case* da ADPF nº 47 de 2007¹⁹, que a tese defensiva da reserva

¹⁷ BELIZÁRIO, op. cit. p. 307

¹⁸ Ibidem, p. 296.

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 47. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521631>. Acesso em: 18 set. 2018.



do possível não merece prosperar, quando confrontada com o mínimo existencial e a dignidade humana.²⁰

Assim sendo, a jurisprudência do Supremo tem se consolidado no sentido de que a atuação do Executivo pode sim ser afetada pelo Judiciário, em razão daquele “núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”.²¹

Deve-se evidenciar que tal viés da jurisprudência não poderia se dar de outra forma, uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito. Nesta toada, deve-se lembrar das palavras de José Afonso da Silva²²:

assim sendo, uma vez que a Constituição da República traz como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, como objetivos a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, bem como a erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, conclui-se, em atenção ao princípio da constitucionalidade, que os direitos das pessoas em situação de rua devem ser assegurados de forma que garanta o verdadeiro Estado Democrático de Direito com todos os seus princípios e características inerentes. Neste modelo de Estado a lei precisa influir na realidade social, através dela o Estado deve ter condições de realizar intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade.

A doutrina considera que o Ministério Público tem como objetivo institucional, fundado na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, o objetivo da própria República. Como bem enunciou Goulart²³:

o Ministério Público tornou-se uma das grandes instituições constitucionais de promoção social, de forma que a sua atuação funcional está atrelada aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos expressamente no art. 3º da CF/88, tais como a criação de uma sociedade justa, livre e solidária; a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais etc.

Além disso, Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁴ notadamente evidencia que a função do Ministério Público é de “provocar a manifestação do Poder Judiciário para a execução de leis que dependam da prévia intervenção da garantia jurisdicional, onde assim o exigir o interesse público”. Ou seja, esta função específica da instituição que distingue o MP dos demais órgãos administrativos.

²⁰ Ibidem, p. 318.

²¹ Ibidem.

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 121.

²³ GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 108.

²⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. O Ministério Público. *Revista Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 4, 2011, p. 1203.



Ademais, a função do MP também não se confunde com as funções jurisdicional e judiciária, de tribunais e magistrados, pois aquela tem por objeto formar coisa julgada de uma solução dada a um conflito com relevância jurídica. A judiciária, por sua vez, tem caráter orgânico e subjetivo. Como o MP nunca terá o poder jurisdicional, também nunca poderá desempenhar função judiciária.²⁵

Assim sendo, Ruy Rosado²⁶ sistematiza as funções do Ministério Público em dois grandes grupos: a) atividades processuais; e b) atividades extraprocessuais. O grupo que interessa ao presente trabalho é o segundo, porquanto são aquelas atividades desenvolvidas perante os tribunais em que o MP desempenha uma série de atribuições que não lhe são específicas, nem o caracterizam institucionalmente.

Como bem enuncia Goulart²⁷, o Ministério Público pode, por meio da autonomia funcional, propor a solução imediata das questões sociais, por meio do membro da instituição, que atuaria no plano extrajudicial. Poder-se-ia falar em intermediação e pacificação das questões que lhe são apresentadas pela sociedade, ao assumir o viés de agente político.

Como bem denota Belizário²⁸, Goulart²⁹ defende que somente dever-se-ia buscar a judicialização da solução, como por meio de uma Ação Civil Pública, quando o MP tivesse esgotado as possibilidades de solução extrajudicial ou negociada. Este defende que a instituição tem poder-dever de “consolidar o seu papel de agente privilegiado da luta pela democratização das relações sociais e pela globalização dos direitos da cidadania”.

Em razão dessa atuação extrajudicial do MP, Almeida³⁰ denomina tal entendimento de “Ministério Público resolutivo”, e que se coaduna aos autores anteriormente citados. Ademais, ele defende que a atuação ativa e a promoção de mudanças na realidade social são basilares à toda sociedade, mas com especial importância à parte marginalizada e mais vulnerável desta.

Assim, as pessoas em situação de rua são aquelas que podem e deveriam ser mais beneficiadas de tal atuação do Ministério Público resolutivo, para que os valores democráticos fundamentais sejam garantidos e efetivados. Além disso, Almeida³¹ ressalta a importância de que a tutela de tais valores seja sobretudo preventiva, de forma a prevenir o dano, e não a repará-

²⁵ AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 1203.

²⁶ Ibidem.

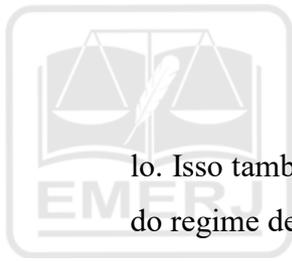
²⁷ GOULART, op. cit., p. 202-203.

²⁸ Ibidem, p. 326.

²⁹ Ibidem, p. 203.

³⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra. Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no neoconstitucionalismo. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. (Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais), p. 39.

³¹ Ibidem, p. 47.



lo. Isso também faz parte do compromisso que a referida instituição tem como sendo defensor do regime democrático, como dispôs a nossa Constituição vigente.

Acerca da atuação preventiva do MP, afirma Belizário³²:

Tal atuação preventiva pode dar-se através de diversos instrumentos. Fazem parte do arsenal do Ministério Público resolutivo: a recomendação, a audiência pública, o termo de ajustamento de conduta, além do inquérito civil. Todo esse arsenal deve ser usado pela instituição para a previsão das políticas públicas nos orçamentos públicos, a concretização dessas políticas e a efetivação dos direitos fundamentais, funcionando como meio, como instrumento para atingir a dignidade da pessoa humana.

Através de uma interpretação sistêmica da Constituição Federal de 1988, Belizário³³ ainda salienta que é possível que o *Parquet* concretize os direitos fundamentais das pessoas em situação de rua por meio de projetos sociais. Entende o autor que, por meio do art. 129, IX, CRFB/1988, seria possível o exercício de “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, [o que] acabou por abrir o rol de atribuições da instituição, tratando-se de rol não exaustivo/exemplificativo”.

Ademais, dentre os inúmeros instrumentos dos quais pode se utilizar o Ministério Público resolutivo, escolheu-se tratar, no presente trabalho científico, do paradigma criado pelo MP de Minas Gerais, e como foi realizada a articulação entre esta e outras instituições públicas regionais para a devida efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua, conforme será verificado no capítulo subsequente.

3. O PARADIGMA ADOTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS E A SUA ATUAÇÃO CONJUNTA COM OUTRAS ESFERAS DO PODER PÚBLICO

Conforme demonstrado nos dois capítulos anteriores, houve implantação de uma Política Nacional para Inclusão Social da População em Situação de Rua, de forma a orientar a construção e execução de políticas públicas. Assim, após a recente e crescente conscientização acerca da população de rua, muitos projetos e políticas públicas têm sido, pouco a pouco, implementadas.

No presente trabalho, escolheu-se a atuação pioneira do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), que teve diversos movimentos e projetos de forma compartilhada com diversos órgãos públicos locais. Entende-se que a participação do MPMG nesses moldes demonstra a forma integrativa que o Ministério Público pode e deve atuar em favor da sociedade

³² BELIZÁRIO, op. cit., p. 328.

³³ Ibidem, p. 335.

civil, e, em especial, à população em situação de rua. É o que foi trazido como o conceito de “Ministério Público resolutivo”, nas palavras de Almeida³⁴, colocado na prática.

Além disso, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)³⁵ apresenta entre os instrumentos cabíveis para a atuação dos Ministérios Públicos de todo país o modelo de recomendação, que tem como exemplo o que foi realizado pelo MPMG. Este documento recomendaria aos gestores públicos e outros segmentos da Administração Pública.

Com fins de se realizar um recorte histórico acerca do tema, em 2010, houve parceria do MPMG com o Movimento Nacional da População de Rua, que veio a instalar o Centro de Defesa de Direitos Humanos da População em Situação de Rua, em Belo Horizonte³⁶:

Em uma iniciativa inédita, o MPMG, por meio da Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais (Cimos), apresentou o projeto do Centro ao Governo Federal em maio deste ano e anunciou, no mês de setembro, o local de seu funcionamento, que será à Rua Ouro Preto, 703, no Barro Preto. A implantação do Centro, que tem abrangência nacional, representa uma conquista histórica do Ministério Público do Estado e já é vista como referência para todo o Brasil.

Ademais, na mesma ocasião, o MPMG lançou a cartilha “Direitos do Morador de Rua - um guia na luta pela dignidade e cidadania”³⁷, que exatamente trata da população de rua, elucida os direitos e garantias desses indivíduos e ainda aborda questões nodais que ocorrem na prática, como discriminação e violência, a exemplo do que foi tratado no capítulo 1 do presente trabalho. A cartilha oferece ainda orientações sobre o mercado de trabalho e onde buscar assistência social.

Além disso, o MPMG já fez diversas edições do projeto “Rua de Direitos”³⁸, em que, por meio de parceria com o Serviço Voluntário de Assistência Social (Servas) e com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), oferece serviços básicos de identificação civil, atendimento médico, exames básicos de saúde e orientação jurídica, dentre outros modos de conscientização e inclusão social.

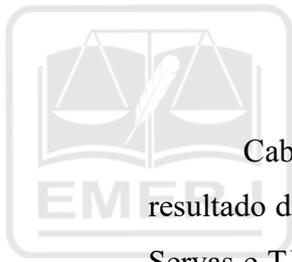
³⁴ ALMEIDA, op. cit., p. 39.

³⁵ BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. Guia de Atuação Ministerial : defesa dos direitos das pessoas em situação de rua. Brasília, CNMP, 2015, p. 36.

³⁶ BRASIL. Câmara Municipal de Belo Horizonte. *BH se torna referência nacional no apoio à população de rua*. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2010/09/bh-se-torna-refer%C3%Aancia-nacional-no-apoio-%C3%A0-popula%C3%A7%C3%A3o-de-rua>>. Acesso em: 18 set.2018.

³⁷ Ibidem, p. 8.

³⁸ BRASIL. Ministério Público de Minas Gerais. *Rua de Direitos leva cidadania a pessoas em situação de rua*. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/rua-de-direitos-leva-cidadania-a-pessoas-em-situacao-de-rua.htm#.W6Lz8uhKjIV>>. Acesso em: 18 set. 2018.



Cabe ressaltar que o referido projeto integra o projeto “Rua de Respeito”, este que é resultado de um Termo de Cooperação Técnica (TCT) assinado entre o MP de Minas Gerais, Servas e TJMG, em maio de 2015. Atualmente, a ação “Rua de Direitos” já foi realizado por seis vezes, desde a assinatura do TCT, em 2015, de forma que a última edição teria ocorrido em 18 de setembro de 2018³⁹.

Outrossim, o TCT é instrumento jurídico que possibilita a integração entre os diversos órgãos do Poder Público, para melhor interação entre MP e outros ramos do governo. Dessa forma, há a possibilidade de concretizar todos os direitos que normalmente são negados às pessoas em situação de rua, e perfeitamente dentro do papel constitucional que foi atribuído à instituição em estudo.

Em adição a isso, tais ações e projetos possibilitam que surja materialmente o conceito de “Ministério Público resolutivo” de Almeida⁴⁰. O fato de existir o projeto do MPMG em parceria com a Servas e o TJMG demonstra que há, portanto, maneira de conscientizar o público e a própria população que vive marginalizada nas ruas. Isso permite que não só se reprima o ferimento aos direitos fundamentais que já ocorre, bem como que se reprimam eventuais novas máculas à dignidade humana e ao direito ao mínimo existencial do indivíduo.

Em detrimento dos projetos já realizados e daqueles que ainda se encontram em curso, promovidos pelo MPMG e outras autoridades locais, evidencia-se que, a despeito do senso comum que permeia a sociedade, há formas de o Poder Público agir em defesa dos direitos mais fundamentais das pessoas em situação de rua, de forma efetiva.

Além disso, depois dos primeiros projetos e ações realizados pelo MPMG, outros Ministérios Públicos ao longo do território nacional começaram a aderir aos instrumentos jurídicos utilizados. Prova disso é o já mencionado documento criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, denominado de “Guia de Atuação Ministerial: em defesa dos direitos das pessoas em situação de rua”⁴¹. Cabe ressaltar o seu intuito, claramente exposto na introdução, *in verbis*⁴²:

Em razão da complexidade que envolve o tema, o CNMP desenvolveu este GUIA DE ATUAÇÃO para os membros do Ministério Público nacional para orientar na atuação da defesa dos direitos das pessoas em situação de rua. Este GUIA DE ATUAÇÃO pretende auxiliar os membros do Ministério Público nacional na viabilização do conjunto de direitos das pessoas em situação de rua, em especial os do âmbito da política pública de assistência social, bem como da Política Nacional para a população de rua (Decreto Federal n. 7.053/2009). No desiderato de cumprir essa missão, este

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ ALMEIDA, op. cit., p. 39-40.

⁴¹ Ibidem, p. 1.

⁴² Ibidem, p. 5.

documento conta com material de apoio, legislação, jurisprudência e peças processuais e extraprocessuais para facilitar a atuação dos membros do Parquet nacional.

Assim sendo, por todo o exposto, é importante que se ressalte a essencialidade da atuação do *Parquet*, até em razão do papel constitucional que lhe foi imbuído, em defesa das pessoas em situação de rua. Acredita-se – ou ao menos quer-se acreditar – que o modelo pioneiro que trouxe o MPMG continue sendo replicado, uma vez que já foi reconhecido pelo próprio CNMP que tal questão é de extrema importância para a sociedade civil como um tanto.

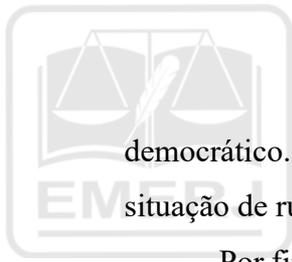
CONCLUSÃO

Em razão do que foi abordado no presente trabalho científico, verifica-se como o problema crescente da população de rua ainda é, de certa forma, marginalizado pela sociedade e pelas instituições públicas. Muito embora possa-se dizer que vem aumentando a visibilidade de tal questão que assola a sociedade brasileira, até em detrimento das crises financeiras pelas quais vem passado o país, não se pode dizer, ainda que é dado o tratamento ou a atenção necessários, tanto pela sociedade civil como pelo governo, como foi desenvolvido no primeiro capítulo deste trabalho.

Ademais, é latente que as pessoas em situação de rua sofrem com a negação dos seus direitos mais básicos, de forma que não se podem se dizer sequer cidadãos, uma vez que excluídos do sistema vigente. Foi visto que não só tal exclusão não se dá por mera “vadiagem” dos indivíduos, como também deve-se salientar que a expressiva maioria da população de rua trabalha, principalmente em meios informais, para tentar sobreviver. Logo, a imagem deturpada e preconceituosa que permeia a população de rua nada mais passa que desinformação e descrédito, o que reforça a importância de que sejam disseminadas informações corretas sobre o problema.

Assim sendo, o Ministério Público, dentro do Estado Democrático de Direito em que se vive, e pelas atribuições fixadas na Constituição Federal, tem papel fundamental na tentativa de se resguardarem os direitos fundamentais dos indivíduos, e em especial da população de rua, esta que é por demasiado fragilizada em razão da já comentada marginalização e da exclusão proporcionada pela sociedade e pelo Estado.

A denominada atuação do “Ministério Público resolutivo”, como assim chamou Almeida, é aquela que defende que a instituição é nuclear na defesa dos direitos fundamentais, principalmente os direitos inerentes à cidadania, necessários à perpetuação do próprio sistema



democrático. Desta forma, o MP é ator essencial na busca para concretização das pessoas em situação de rua, como foi tratado no segundo capítulo do presente trabalho.

Por fim, utilizou-se como exemplo e talvez até como modelo o projeto inovador trazido pelo Ministério Público de Minas Gerais, que culminou em diversos outros projetos subsequentes deste MP em colaboração com os diversos ramos do governo local. Tais projetos ainda efetivam, desde 2010 até hoje, os direitos fundamentais das pessoas em situação de rua, como em ações que promovem a emissão de documentos essenciais, serviços médicos diversos, conscientização da população acerca de mercado de trabalho, entre outras. Isto não só retira os indivíduos em situação de rua da completa exclusão, como os torna cidadãos, que poderão, mais efetivamente, vir a se inserir na sociedade no futuro, como demonstrado no terceiro capítulo deste trabalho científico.

Por todo o exposto, chega-se à conclusão que, mais do que as atribuições constitucionais em tese do Ministério Público, é possível que a instituição se utilize concretamente de ferramentas para contribuir para a perpetuação da democracia. Isso torna possível que se combata a discriminação e a negação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua, como bem mostrou e ainda mostra o MPMG.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. O Ministério Público. *Revista Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 4, 2011, p. 1203-1216.

ALMEIDA, Gregório Assagra. Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no neoconstitucionalismo. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. (Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais).

ASSIS, Gilmar de. Breves reflexões sobre os direitos da população em situação de rua. In GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo César Vicente de [Orgs.]. *Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BELIZÁRIO, Deryck Miranda. Os Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua: O Ministério Público como Instituição Garantidora desses Direitos. *Revista De Jure*, v. 16, n. 29, jul-dez 2017, p. 295-341.

BRASIL, Câmara Municipal de Belo Horizonte. *BH se torna referência nacional no apoio à população de rua*. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2010/09/bh->

se-torna-refer%C3%A0Ancia-nacional-no-apoio-%C3%A0-popula%C3%A7%C3%A3o-de-rua>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____, Conselho Nacional do Ministério Público. *Guia de Atuação Ministerial : defesa dos direitos das pessoas em situação de rua*. Brasília, CNMP, 2015.

_____, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. *Direitos do Morador de Rua – Um Guia na Luta pela Dignidade e Cidadania*. Assessoria de Comunicação Social – Núcleo de Publicidade Institucional.

_____. Ministério Público de Minas Gerais. *Rua de Direitos leva cidadania a pessoas em situação de rua*. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/rua-de-direitos-leva-cidadania-a-pessoas-em-situacao-de-rua.htm#.W6Lz8uhKjIV>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 47. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521631>. Acesso em: 18 set. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo César Vicente de [Orgs.]. *Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEMOS JUNIOR, Eloy P.; FREITAS, Francys Gomes. *Direitos trabalhistas das pessoas em situação de rua, eficácia e tutela de seus direitos fundamentais*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo César Vicente de [Orgs.]. *Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MELO, Cíntia de Freitas. População de Rua: Entre a exclusão e a justiça social. In GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo César Vicente de [Orgs.]. *Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

RODRIGUES, Samuel. *A voz da Rua* In GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo César Vicente de [Orgs.]. *Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Maria Lúcia da. *Trabalho e População de Rua no Brasil*. São Paulo: Cortez Editora, 2009.



A INCIDÊNCIA DAS TARIFAS DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSMISSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA

Deyvid Mattos Esposito

Graduado pela Faculdade de Direito Estácio de Sá. Advogado

Resumo – A (in)constitucionalidade na inclusão da tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica e seus desdobramentos. O entendimento divergente entre as turmas do STJ e a não apreciação do tema pelo STF, que não entendeu o tema pertinente a incidir sua averiguação. O impacto que pode ocasionar aos Estados ante a decisão do STJ. Indivisibilidade x transferência da mercadoria ao consumidor final.

Palavras-chave – Direito Tributário. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e Tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST)

Sumário – Introdução. 1. Natureza da incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) com base no CTN e na Lei Complementar nº 116/03. 2. Posicionamento e argumentos trazidos pelas Turmas do STJ e pelo STF. 3. (In) Constitucionalidade na cobrança da tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de Energia Elétrica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a legalidade e constitucionalidade da incidência das tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica.

Para tanto, serão abordados os debates jurídicos sobre o tema, bem como análise do material legislativo e jurisprudencial.

O tema traz controvérsias tanto no âmbito constitucional como também no âmbito infraconstitucional, não tendo até a presente data sido pacificado pela doutrina e jurisprudência.

O primeiro capítulo abordará toda a temática estrutural do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), desde seu fato gerador até a abordagem objetiva dos elementos da base de cálculo, bem como a natureza conceitual das tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), o

que permitirá uma avaliação sobre a pertinência ou não de sua incidência na base de cálculo nas contas de energia elétrica.

Dessa forma, ficará inicialmente delimitado e demonstrado todo o plano concreto que será abordado no decorrer do artigo científico.

O segundo capítulo é analisado objetivamente, aos olhos dos dispositivos legais referentes ao tema, a legalidade/constitucionalidade ou não da incidência das tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica, trazendo à baila os posicionamentos dos Tribunais Superiores.

Observa-se que, por meio da análise que ser realizada no segundo parágrafo, poderemos construir uma tese favorável ou não a incidência da tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica, pois serão consideradas as teses elencadas pelas Turmas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, no terceiro e último capítulo, ficará demonstrada que não deve incidir tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica, tendo em vista a natureza essencial da base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS)

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador irá eleger um conjunto de proposições hipotéticas para analisar o objeto da pesquisa.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, porquanto o pesquisador pretender se valer da doutrina e jurisprudência pertinentes e temáticas em foco.

1. NATUREZA DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) COM BASE NO CTN E NA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/03

O imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), sucessor do IVC (Imposto de Vendas e Consignações), foi instituído pela reforma tributária da Emenda



Constitucional nº 18/65. É de competência dos Estados e do Distrito Federal, representando para tal algo próximo a 80% (oitenta por cento) da arrecadação¹.

Sua regulamentação infraconstitucional está prevista na Lei Complementar 87/1996 (a chamada “Lei Kandir”), alterada posteriormente pelas Leis Complementares 92/97, 99/99 e 102/2000.²

Possui como base elementar do fato gerador a circulação de mercadoria ou prestação de serviços interestadual ou intermunicipal de transporte e de comunicação, ainda que iniciados no exterior.³

Em um outro foco, Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.⁴

Ratifica-se que o fato gerador do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) ocorre no exato momento em que há transferência de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente.

Após delimitar o que é imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), seu fato gerador e incidência, deve-se ter olhos para a base de cálculo, cerne objetivo da divergência em comento. Assim, imperioso verificar o que compõe o elemento base de cálculo, bem como tudo o que nele possa consubstanciar.

A base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), nos casos de circulação de mercadorias, como no caso em tela, compõe-se pelo valor da operação. Assim, analisando friamente, permite dar margem a interpretação para os dois polos de divergência, ou seja, há quem entenda que o preço da distribuição e transmissão estaria embutido na cobrança de energia elétrica, por isso faria parte da cobrança nas contas de energia elétrica. Em um outro prisma, verifica-se nas contas de energia elétrica que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) é cobrado separadamente sobre a transmissão e distribuição, o que seria, em tese, inconstitucional⁵.

¹ SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1146

² *ibidem*

³ *ibidem*

⁴ SABBAG. *op. cit.*, Nota 1

⁵ *Ibidem*.



Como o presente parágrafo possui o simples objetivo de basilar o entendimento sobre o tema em comento, tal divergência será melhor discutida nos parágrafos que se sucederão.

Vale mencionar nesse momento que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) não incide sobre o simples fato de a mercadoria se deslocar dentro do Estabelecimento comercial sem que haja a efetiva transferência da titularidade.

Em outras palavras, a mera circulação da mercadoria não caracteriza a incidência de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), e sim quando há transferência da titularidade no que diz respeito a mercadoria, que no caso em tela é a energia elétrica. Para que haja a transferência da mercadoria energia elétrica, deve o produto chegar efetivamente a casa do consumidor e, por conseguinte ser utilizada.

Súmulas como as de número 391⁶ e 167⁷, ambas do Superior Tribunal de Justiça foram estipuladas no decorrer dos anos, por meio da jurisprudência, que sempre enveredou a respeitar a efetiva interpretação normativa da lei. Importante dizer que tais súmulas serão melhor abordadas no parágrafo abaixo discutido.

Após a análise sobre o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), seu fato gerador, seu sujeito passivo, bem como sua base de cálculo nos casos de energia elétrica, imperioso discutir sobre o que são as tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST).

O significado da sigla TUSD é a sigla para Tarifa de Utilização de Serviços de Distribuição e TUST para Tarifa de Utilização de Serviços de Transmissão. Trata-se de tarifas pagas pela Concessionária de Energia Elétrica aos reais produtores de Energia Elétrica, no ato de compra de energia elétrica, com o propósito de remunerar a manutenção do sistema de distribuição e de transmissão, respectivamente⁸.

As cobranças passaram a existir após a privatização existente no setor elétrico, onde houve uma separação da cadeia produtiva da energia, quais sejam, geração, transmissão e

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 391*: O IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. In *Súmulas*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas. Acesso em: 29.nov.2018.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 166*: Não constitui fato gerador do IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_12_capSumula166.pdf. Acesso em: 29.nov.2018.

⁸ PORTAL BRASIL. *Entenda como a energia elétrica chega à sua casa*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/infraestrutura/2014/08/entenda-como-a-energia-eletrica-chega-a-sua-casa>.> Acesso em: 28.nov.2018.



distribuição. Após a produção da energia elétrica, geralmente nas Usinas Hidrelétricas, ela é redirecionada, por meio das linhas e torres de transmissão, para os Municípios⁹.

Ao chegar nas cidades, a energia elétrica passa pelas subestações e, posteriormente, por transformadores de distribuição, os quais adequam a voltagem à utilização dos consumidores¹⁰

Os valores das tarifas, tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), incidem em toda a cadeia de produção de energia elétrica, inclusive no consumidor final. Ademais, o que se discute no presente artigo não é a validade ou não no pagamento das tarifas, mas sim a incidência de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nos valores referentes as tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), tendo em vista que o consumidor obtém a mercadoria energia elétrica, incidindo imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e outros tributos sobre ela.¹¹

Por fim, como forma apenas de elucidar a relação de legitimidade das Concessionárias de Energia Elétrica, o Estado é o efetivo responsável pela disponibilização da Energia Elétrica a sociedade como um todo. Entretanto, utiliza de modalidade pública de concessão para que Empresa do setor privado realize a disponibilização da energia elétrica já adaptada para uso doméstico aos consumidores finais.

Porém, a responsabilização da tributação com relação ao imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) é toda do Estado, devendo esse arcar com as despesas de restituição, caso o STJ decida dessa forma, como se vê no próximo parágrafo.

Portanto, após delimitar todos os pontos atinentes a divergência existente no tema em comento, necessário é trazer à baila o posicionamento dos Tribunais Superiores no que diz respeito a legalidade e constitucionalidade da incidência das tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 6

¹⁰ Ibidem

¹¹ PORTAL BRASIL. *Contribuição Copel*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2004/047/contribuicao/copel-contribuicao.pdf>>. Acesso em: 28.nov.2018

2. POSICIONAMENTO E ARGUMENTOS TRAZIDOS PELAS TURMAS DO STJ E STF.

Inicialmente, imperioso destacar que o tema se encontra com grande divergência em nossos Tribunais Superiores, não tendo até o momento sido pacificado entendimento sobre a constitucionalidade ou não da incidência da tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica.

Assim sendo, será apresentado os posicionamentos e argumentos elencados por cada Turma do STJ, bem como pelo STF.

Em março de 2017, a Primeira Turma do STJ decidiu pela legalidade na incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) na tarifa de distribuição de energia elétrica cobrada nas contas de grandes consumidores que adquirem a energia elétrica diretamente das empresas geradoras¹².

Grandes consumidores seriam aqueles que compram energia elétrica na chamada “demanda contratada”. Em outras palavras, grandes estabelecimentos comerciais, como Shopping, Supermercados e Empresas em geral estabelecem contratos com as Concessionárias de Energia Elétrica, no qual estabelecem a compra periódica de um número certo de KW/H.

Como forma de consubstanciar o que foi supracitado, vale dizer que ficou definido pelo STJ, por meio do REsp nº 343.952/MG¹³, de Relatoria da Ministra Eliane Calmon, o fato de que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) somente poderia incidir na energia elétrica efetivamente utilizada.

Fundamentou-se para tanto que somente incide imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) na energia elétrica ao qual foi efetivamente transmitida ao Consumidor, tendo em vista que o imposto em comento apenas incide quando há a real transferência da titularidade da mercadoria.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1687596/SP*, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1687596&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 28.set.2018.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 343.952/MG*, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2002, DJe 17/06/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp.+343.952&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> Acesso em 28.set.2018.



Entretanto, com o passar do tempo, ocorreu a incidência de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) aos consumidores comuns de energia elétrica, ou seja, aqueles que não efetuam contrato prévio de disponibilização de uma quantia exata de KW/H.

Por maioria, a Primeira Turma do STJ entendeu, por meio do REsp nº 1163.020/RS¹⁴, que é impossível separar a atividade de transmissão e distribuição de energia das demais, já que ela é gerada, transmitida, distribuída e consumida simultaneamente. O relator, Ministro Gurgel de Faria, foi acompanhado pelos Ministros Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina, sendo vencidos os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa.

Após o Julgamento, a parte recorrente ingressou com Embargos de Divergência na Corte Especial, tendo seu pedido indeferido liminarmente e redistribuído à Primeira Seção, colegiado que reúne os dez ministros da Primeira e da Segunda Turma do STJ, ambas especializadas em Direito Público¹⁵.

Na análise da Controvérsia, o relator do caso na Primeira Seção, Ministro Herman Benjamin, destacou a relevância da matéria para o orçamento dos Estados, justificando o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos para definir a tese a ser aplicada nesses casos.¹⁶

Como se pode denotar do que fora anteriormente dito, a questão da incidência das tarifas de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e de utilização de serviço de transmissão (TUST) saiu do plano de discussão jurídica doutrinária para o âmbito político. Corriqueiramente, as manifestações e decisões sobre o tema em comento se referem à precária situação dos Estados, que supostamente não possuiriam condições de adimplir as futuras restituições dos valores.

Entretanto, é cediço que há outros mecanismos de se buscar compor esse enorme prejuízo trazido aos consumidores, que estão atualmente pagando imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) de itens que não compõem a real base de cálculo da conta de energia elétrica. O Poder Público poderia realizar Compensações a outros tributos estaduais como IPVA, permitindo assim desfazer verdadeira mazela financeira ao qual a sociedade vem adimplindo com a cobrança de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS)

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1163020/RS*, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1163020&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 29.nov.2018

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ *Ibidem*

com base nos valores de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST).

Para as Pessoas Jurídicas, os Estados poderiam pensar em Compensações com base no próprio imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), o que permitiria inclusive o fomento as suas atividades, aquecendo a economia e permitindo o “giro da roda” da microeconomia, o que gera empregos e permite um aumento significativo na arrecadação.

O tema, como já era esperado, chegou ao STF, sendo apreciado pelo Supremo, que por intermédio do relator entendeu que o tema não comportaria a pertinência de avaliação do STF, determinando para tanto que fosse julgado e decidido pelo STJ.

Portanto, o Tema encontra-se com grave divergência entre as Turmas do STJ, sendo uma por unanimidade a favor do Consumidor e outra por maioria a favor da Concessionária. Nesse passo, o STF preferiu manter-se sobre os muros de sua competência, que no caso em tela não quis estender.

Nos Estados, os Tribunais de Justiça determinaram a suspensão dos processos até o julgamento do repetitivo, como forma de resguardar o princípio da segurança jurídica.

Os Consumidores de energia elétrica comuns, que comportam hoje mais de 60% da sociedade brasileira, possuem duas opções, quais sejam, torcem para que o Estado se recupere financeiramente, o que permitirá ao STJ tomar a decisão correta e decente, ou provavelmente será tomada mais uma decisão fundamentada na razoabilidade e proporcionalidade, que por fim sempre tem alguém “pagando a conta”, o povo.

3. (IN)CONSTITUCIONALIDADE NA COBRANÇA DA TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSMISSÃO (TUST) NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA.

Após a análise feita com relação aos conceitos gerais do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), bem como sobre os posicionamentos jurisprudenciais do STJ e STF sobre o tema, será abordada a constitucionalidade ou não da cobrança de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto nas contas de Energia Elétrica.

Nesse passo, importante dizer a tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) são rubricas que não representam efetivo consumo de energia e, por isso, não integrariam o valor da operação de abastecimento energético, para fins de incidência na base de cálculos.



Não se pode considerar, portanto, a incidência de tais tarifas na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), pelo simples fato de que, quando da ocorrência da tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), a mercadoria continua na titularidade da Concessionária de Energia Elétrica, não podendo se cogitar uma transferência ficta, por afrontar integralmente o princípio da legalidade.

Ademais, se a tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) viessem a integrar o valor da energia elétrica, nas contas de luz deveria constar o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) incidindo especificamente sobre o valor efetivo gasto com relação a energia elétrica. Pelo contrário, os valores são separados, quais sejam, o do efetivo gasto de energia elétrica, tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), demonstrando serem aferidos de forma separada, o que refuta e fragiliza totalmente os argumentos da íclita Primeira Turma do STJ que sustenta a tese da impossibilidade de divisibilidade entre as tarifas e a energia elétrica.

Imperioso nesse momento, trazer à baila a súmula 391 do STJ¹⁷, que basicamente declara que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Não poderia ser ao contrário, pois o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) sendo um imposto incidente sobre a transferência da mercadoria, somente incidiria sobre o objeto específico da mercadoria, ou seja, a energia elétrica.

Na contramão da súmula, parte da doutrina entende que o tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) estariam incorporados a energia elétrica, sendo impossível a sua separação ou divisão do monte de energia a ser quantificado. Ademais, não seria possível consubstanciar as demandas de potência elétrica efetivamente utilizada, razão pela qual não constituiria energia elétrica gerada, sendo assim, insuscetível de circulação.

Portanto, a incidência de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) somente poderia gravar a demanda de potência contratada e efetivamente utilizada.

A súmula 166 do STJ¹⁸ informa que não constituiria fato gerador do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, de modo que os encargos pagos para custear o sistema de distribuição e transmissão de energia elétrica estariam fora do campo de incidência do referido imposto.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 7

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 6



Tendo como base a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como o Código Tributário Nacional, pode-se dizer que ao incluir a tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), sem lei que o franqueasse a fazê-lo, bem como permitir a incidência do tributo sobre o fato gerador não previsto na legislação de regência, o Estado estaria violando o princípio da legalidade, com base nos artigos 150, inciso I da CRFB¹⁹ e artigo 97, IV do CTN²⁰.

Fácil é concluir que a base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) deve ser definida de acordo com o montante relativo a energia elétrica efetivamente consumida.

Por outro prisma, a inviabilidade orçamentária dos Estados não pode servir como pretexto para que não seja reconhecida a inconstitucionalidade da cobrança em comento. Permitir que haja incidência de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) sem qualquer previsão legal para tanto é violar preceitos constitucionais e infraconstitucionais, como demonstrado acima.

Vale dizer que o Direito Tributário regula a relação entre Fisco e Contribuinte, resultante da imposição, arrecadação e fiscalização dos impostos, taxas e contribuições, na forma da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²¹.

Ademais, também é o ramo do Direito que se ocupa das relações entre o Fisco e os Contribuintes sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder, tendo como mecanismos princípios e imunidades tributárias.

Assim, os princípios buscam precipuamente a regulação da relação entre o Fisco e os Contribuintes, evitando para tanto que o Ente utilize demasiadamente seu poder de tributar, tangenciando de forma simples e objetiva de que forma o Fisco pode exercer sua função de cobrança.

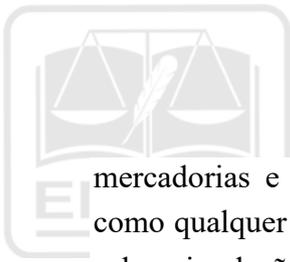
Já as imunidades preservam aqueles Contribuintes que, por questões diversas, o Constituinte entendeu que não caberia a sua tributação. Algumas imunidades têm por intuito obvio a preservação do Estado Federativo, o que podemos retirar da vedação a tributação recíproca entre os Entes. Por um outro lado, vemos imunidades que se motivam pela função destes para com a Sociedade, como são os casos das imunidades a templos religiosos.

No tema em comento, o cerne é a análise do princípio da legalidade, uma vez que não há qualquer norma legal que defina a incidência de imposto sobre circulação de

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htmAcesso em: 29.nov.2018

²⁰ BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei Nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 29.nov.2018.

²¹ SABBAG, op. cit., 1



mercadorias e serviços (ICMS) em elementos conexos ou acessórios da mercadoria, bem como qualquer incidência de elementos conexos ou acessórios na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS).

Por fim, a lei complementar é toda norma que completa disposição constitucional, seguindo, de modo preciso, o rito estabelecido na Constituição. Assim, o tributo, como regra geral, tem que ser legislado a partir de lei complementar, conforme artigo 148 da CRFB/88²².

Mostrado as normas que regula toda sociedade inicia na Constituição Federal com os Princípios e Imunidades Tributárias, assim, é possível mostrar a ilegalidade e inconstitucional que todo consumidor tem nas faturas de energia elétrica.

Portanto, é inconstitucional a incidência de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) na cobrança de Energia elétrica, sendo uma forma de extorsão praticada pelas Concessionárias de Energia Elétrica para com os Consumidores.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou de forma clara, concisa e objetiva explorar a discussão atinente a incidência da tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica.

Para tanto, inicialmente foram abordados aspectos objetivos dos elementos atinentes ao imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), bem como o que seria basicamente a tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST).

Por um outro prisma, necessário foi inclinar os olhos para a visão de nosso ordenamento jurídico sobre a legalidade ou não da incidência dos supramencionados elementos na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS).

Vale dizer que o STJ e STF se debruçaram sobre o tema, possuindo internamente, divergências entre as Turmas do STJ, ora pelo reconhecimento de indivisibilidade das fases de fornecimento da mercadoria energia elétrico, ora pelo fato de que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) incide basicamente sobre a mercadoria a estar

²² BRASIL, op. cit., Nota 15

circulando, não devendo para tanto os procedimentos que norteiam o fornecimento agregarem a base de cálculo do Imposto.

Ademais, a doutrina se divide entre reconhecer a incidência dos elementos tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), entendendo pela indivisibilidade das etapas do fornecimento de energia, enveredando a um posicionamento pró-estatal, como também a quem entenda pela incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) somente sobre a mercadoria, como elemento base do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), o que afastaria pontualmente a argumentação da indivisibilidade.

Verdade é que o tema ainda está em voga, não havendo até o presente momento entendimento majoritário ou pacífico sobre a discussão, estando os processos de 1ª e 2ª instância suspensos até a definição pelo STJ.

Entende-se razoável a inconstitucionalidade da incidência de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica, uma vez que para haver incidência sobre a mercadoria, não podemos embutir na base de cálculo elementos que não fazem parte da natureza da mercadoria.

Vale dizer que a distribuição e transmissão da energia elétrica são procedimentos em que a mercadoria ainda não foi transferida ao consumidor final, não havendo o que se falar em imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Ademais, a indivisibilidade é relativa, uma vez que na própria conta de energia elétrica é possível mensurar o quanto é gasta a título da mercadoria energia elétrica.

Portanto, imputar ao consumidor o ônus de suportar toda a despesa relativa a distribuição e transmissão de energia elétrica é afastar todo o conglomerado de benefícios recebidos pelas concessionárias de energia elétrica em detrimento da imputação objetiva de valores atinentes a elementos na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) energia elétrica.

Importante dizer que as tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) são legalmente cobradas do consumidor, não sendo este o cerne da divergência no presente artigo. O que baseia a presente tese é o que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) é um tributo que tem como fato gerador a circulação de mercadorias. Sendo assim, necessário é para haver a efetiva circulação da mercadoria a transferência de sua titularidade.



Quando há a incidência de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), a mercadoria energia elétrica não troca de titularidade, seguindo esta com a Concessionária do respectivo Estado. Ressalta-se que mesmo havendo troca da titularidade, o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) deveria apenas incidir sobre o valor efetivo da mercadoria, qual seja, o valor de KW/H gasto pelo Consumidor, sem, contudo, incidir sobre outros elementos que venham de forma equivocada a estar presentes em sua base de cálculo.

Insta salientar que infelizmente os Estados estão passando por severa crise em sua máquina econômico financeira. Entretanto, não é motivo suficiente a imputar ao consumidor o ônus de subsidiar todos os custos relativos a operacionalidade das atividades da concessionária, como objetiva a Administração Pública.

Deve a Administração Pública, como sugerido em parágrafos anteriores, buscar formas de Compensação, seja pelo imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) para Pessoas Jurídicas, seja por meio de Compensação por outros Impostos como o IPVA, sanar esses descontos já demonstrados como inconstitucionais, sem, contudo, alegar insuficiência financeira para tal.

Indo além, cabe ao STJ, em nova oportunidade dada pela interpretação corporativa do STF, em pacificar entendimento sobre a matéria. Como fora anteriormente mencionado, o STJ pode realizar um julgamento técnico, com base em posicionamentos anteriormente tomados por ele, ratificando a informação de que não cabe qualquer incidência de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica, como também pode fazer o mesmo julgamento corporativo do STF e permitir verdadeiro confisco assinalando pela autorização da incidência de supracitadas tarifas na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), realizando para tanto julgamento político.

Resta aos consumidores verdadeira torcida para que o STJ unifique seus pensamentos doutrinários sobre o tema, pacificando entendimento e colocando de uma vez por todas um ponto final em verdadeira celeuma jurídica que vem se arrastando por anos, causando vultoso prejuízo a sociedade, que continua adimplindo a incidência das tarifas na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), na esperança de algum dia ser julgado esse entendimento no plenário do STJ.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei Nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em 29.nov.2018

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 29.nov.2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1687596/SP*, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1687596&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 28.set.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 166*: Não constitui fato gerador do IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_12_capSumula166.pdf. Acesso em: 29.nov.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 391*: O IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. In *Súmulas*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas. Acesso em: 29.nov.2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 343.952/MG*, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2002, DJe 17/06/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp.+343.952&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 28.set.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1163020/RS*, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1163020&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> Acesso em 28/09/2018. Acesso em: 28.set.2018

_____. *Lei Complementar 87/96*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm. Acesso em: 29.nov.2018

PORTAL BRASIL. *Entenda como a energia elétrica chega à sua casa*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/infraestrutura/2014/08/entenda-como-a-energia-eletrica-chega-a-sua-casa>. Acesso em: 29.nov.2018.

_____. *Contribuição Copel*. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2004/047/contribuicao/copel-contribuicao.pdf>. Acesso em: 29.nov.2018.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



A INEFICIÊNCIA E DESFUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE LAJE FRENTE À LEI Nº 13.465/2017

Erich Abraão Muller Costa

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

Resumo – a MP nº 759/2016, que gerou logo em seguida a Lei nº13.465/17, acabou por trazer um novo direito real denominado direito de laje. O instituto já existia de modo informal, sendo que agora se encontra positivado no ordenamento jurídico. Em que pese a necessidade da regulamentação, a mesma não ocorreu de maneira adequada, impossibilitando a sua eficácia plena, bem como com o devido cumprimento da função social da propriedade. A essência do trabalho é abordar o surgimento do instituto e sua positivação, bem como demonstrar que embora a lei o tenha formalizada, esta não ocorreu de forma eficaz e nem promoveu a funcionalização da propriedade.

Palavras-chave – Direito Real. Direito de Laje. Direito de Superfície.

Sumário – Introdução. 1. Um novo Direito Real ou direito de superfície qualificado? 2. Da (in)efetividade deste novo direito. 3. Da (des)funcionalização do direito de laje. Conclusão. Referências.

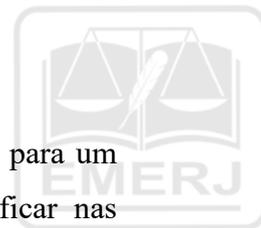
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a inefetividade e a desfuncionalização do direito de laje frente à Lei nº13.465/17. Procura-se demonstrar que a partir deste novo diploma normativo, que apesar de bem intencionado, não atende a realidade social do país, bem como questões básicas como o direito à moradia previsto no Art.6º da CRFB/88.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se os princípios da dignidade humana, do mínimo existencial e do direito social-constitucional à moradia estão efetivados neste novo diploma legal.

A Constituição Federal estabelece e garante o direito social à moradia. Neste sentido, o direito de laje surgiu como um dos instrumentos de efetivação deste direito, mesmo que inicialmente, de forma informal. Entretanto, com a Lei nº13.465/17 tal direito foi regulamentado, mas não de forma efetiva e funcional, já que só vale para as propriedades regulares, favorecendo as seguintes indicações: e as propriedades que não estão regulares e são a maioria neste caso? A nova legislação estaria em acordo com a realidade social do país?

O tema é recente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e merece atenção, uma vez que envolve diretamente a proteção de direitos e garantias fundamentais de todo e



qualquer cidadão, sendo que neste caso, especificamente, é voltado principalmente para um determinado grupo de pessoas vulneráveis, em razão do direito de laje se verificar nas comunidades e áreas mais humildes dos grandes centros urbanos.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “direito de laje” e como esse direito está intimamente ligado aos princípios elencados na CRFB/88, bem como os que derivam de sua interpretação.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando uma controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica do direito de laje, já que alguns autores sustentam tratar-se de um direito real de superfície qualificado, enquanto outra corrente doutrinária sustenta que seria um novo direito real.

Segue-se, no segundo capítulo, a demonstrar a inefetividade de tal direito, em virtude da Lei nº13.465/17 não estar em acordo com a realidade das comunidades brasileiras dos grandes centros urbanos, uma vez que em tais localidades a soma maioria das propriedades não estão regulares e nem ao menos registradas.

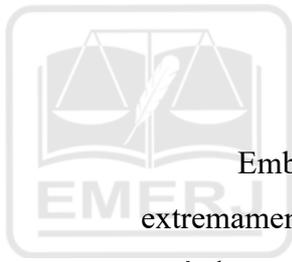
O terceiro capítulo da pesquisa visa confirmar que o direito de laje não atende a função social da propriedade e que deixa de efetivar o direito à moradia e, conseqüentemente, de garantir o mínimo existencial.

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. DIREITO DE LAJE: UM NOVO DIREITO REAL OU UM DIREITO DE SUPERFÍCIE QUALIFICADO?

O direito de laje surge a partir dos estudos do jurista e sociólogo Boaventura de Sousa Santos, que em seu trabalho conjunto com a PUC-RJ, analisam o surgimento deste instituto especificamente na comunidade do Jacarezinho no Rio de Janeiro. Por meio de uma compreensão do direito pautada não apenas em questões formais e legais, mas sim como ordem social, que possuem como embrião os costumes e a realidade social, o autor em questão passa a análise do direito de laje diante da realidade carioca.



Embora tais estudos tenham sido realizados na década de 1970, o tema é extremamente atual, já que o crescimento das cidades ocorreu de forma vertiginosa após esse período gerando um aumento significativo das favelas. Conforme exposto na pesquisa feita no livro “Um País Chamado Favela. A Maior Pesquisa Já Feita Sobre a Favela Brasileira”, que também fora divulgada pelo Instituto Data Favela e pelo site G1¹, demonstram que existem mais de 2 (dois) milhões de pessoas morando em favelas somente na cidade do Rio de Janeiro, enquanto no Brasil, segundo o último censo do IBGE², tal número chega a mais de 11 (onze) milhões de pessoas.

Diante deste cenário que só veio se intensificando nos últimos tempos, seja por meio do crescimento da desigualdade³ ou pela crise econômica, é necessário um olhar cuidadoso sob essa parcela significativa da população. Isso porque, morar em favela, embora represente uma forma de vida para milhões de pessoas, não se coaduna com a obtenção de uma vida digna e com a garantia de proteção de seus direitos sociais e fundamentais, como é caso da moradia.

A história brasileira demonstra que as favelas sempre foram vistas com descaso pelos agentes públicos deste País e até mesmo pela própria sociedade, permitindo o surgimento de um grupo fragilizado e extremamente vulnerável. Em razão disso, acaba por surgir as mais diversificadas exclusões, como ausência de endereços residenciais oficiais, que geram diversos transtornos para essa população, já que não consegue receber o carteiro em sua porta, de aquisição de propriedade, de acesso à justiça, de acesso a saneamento básico, que são requisitos mínimos para se garantir uma moradia digna.

Neste sentido, em razão de tal exclusão e da omissão por parte da Administração Pública, em todas as suas esferas, são necessários a criação de novos meios e métodos para tentar se adequar a realidade urbana. Um desses meios é justamente a laje, que segundo a professora Cláudia Franco Correa⁴ em sua tese de doutorado afirma: “laje está relacionada a uma das formas que o povo da favela instituiu para contornar a falta de recursos, de infraestrutura pública e as dificuldades geológicas e topográficas dos morros e brejos”.

¹ G1. *Com dois milhões de moradores, favelas do rio seriam sétima maior cidade do país* <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/09/com-2-milhoes-de-moradores-favelas-do-rioseriam-7-maior-cidade-do-pais.html>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

² IBGE. *Dia Nacional da Habitação: Brasil tem 11.4 milhões de pessoas vivendo em favelas* <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-favelas>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

³ FOLHA. *Desigualdade de renda no Brasil não caiu entre 2001 e 2015, aponta estudo* <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/09/1916858-desigualdade-no-brasil-nao-caiu-desde-2001-aponta-estudo.shtml>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁴ CÔRREA, Cláudia Franco. *Controvérsias entre o “direito de moradia” em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro*. Editora Topbooks. 2012, p. 154.



No ano de 2016, esse direito informal, que permite a articulação econômica por parte desse grupo, gerando mobilidade social e participação no Estado Democrático de Direito, é positivado pela MP nº 759, que depois virou a Lei nº 13.465/17⁵ e conceitua o direito de Laje como: “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.”

O conceito acabou por abrir certo debate na doutrina acerca deste instituto. Alguns doutrinadores passaram a defender que ele não seria um novo direito real, mas sim um direito de superfície qualificado. Nessa lógica surge a posição do professor Roberto Paulino de Albuquerque Júnior⁶, que em um artigo publicado no site da CONJUR afirma que “O que caracteriza o direito de superfície e distingue o seu tipo dos demais direitos reais é a possibilidade de constituir um direito tendo por objeto construção ou plantação, separadamente do direito de propriedade sobre o solo”⁷, derivando disso o próprio direito de sobrelevação.

Ademais, o autor, junto com outros doutrinadores⁸, sustenta que o Estatuto das Cidades em seu Art.21, §1º, trata diretamente da questão do direito sobrelevação da superfície. Por fim, o Enunciado 568, VI Jornada de Direito Civil do CJF⁹, permite a possibilidade de constituição de superfície por sobrelevação no ordenamento jurídico pátrio.

Em que pese os fundamentos expostos pelo eminente professor e pelo próprio CJF não parece ser tal posição a mais adequada e nem a que se verifica diante de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Nesta diapasão é necessário se valer, principalmente, de uma hermenêutica pautada no direito civil-constitucional .

Num primeiro momento deve ser destacado que essa diferenciação foi uma escolha do legislador, que decidiu trazer essa nova possibilidade no Art.1.225, XIII, CC, a partir da Lei nº 13.465/17, e que se o mesmo não quisesse tratar tal instituto de forma diversa do direito real de superfície, o teria incluído entre os Arts. 1.369 e 1.377 que tratam deste direito e não

⁵ BRASIL. *Lei 13.465/17*, de 11 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁶ CONJUR. *O direito de Laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície* <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie>>. Acesso em: 16 abr. 2018

⁷ CONJUR, *op.cit.*, nota 6

⁸ MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodium, 2013; VIEGAS DE LIMA, Frederico Henrique. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; PERCÍLIO, Renata. *Negócio jurídico de sobrelevação em direito de superfície*. Dissertação de mestrado em andamento, orientador prof. dr. Roberto Paulino, UFPE

⁹ BRASIL. CJF. Enunciado nº639. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/639>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

criar um título novo no Código Civil no Art.1.510-A. Ademais, como sustenta Pablo Stolze¹⁰ em artigo publicado na *Revista SÍNTESE de Direito Imobiliário* edição nº 40:

como já ressaltamos, não se trata de uma “propriedade” sobre a laje, eis que, se de propriedade se tratasse, o direito exercido (...) e abrangeria o próprio solo, o que não se dá na hipótese vertente. Até porque esse novo direito real somente será admitido “quando se constatar a impossibilidade de individualização de lotes, a sobreposição ou a solidariedade de edificações ou terrenos” (§ 1º), não se confundido, ademais, com o condomínio edilício, pois, nesse caso, coexistem propriedades plenas em plano horizontal, com direito à fração ideal do solo e das áreas comuns.

Além disso, deve ser destacado que o direito de laje, ao ser positivado pelo legislador, afirma que essa propriedade será autônoma, construída com matrícula própria no RGI, com acesso independente, isolamento funcional e com as despesas individualizadas, até mesmo as tributárias, conforme verificado no Art.1510- A, §§ 1º a 6º, CC/02. Nelson Rosenvald¹¹ ao tratar do tema explicita de maneira contundente a diferenciação entre os institutos:

no plano estrutural, o direito real de superfície é propriedade resolúvel (art. 1.375, CC) (...) caracterizada por uma suspensão temporária dos efeitos da acessão pela qual o implante realizado no solo será de titularidade do construtor pelo prazo negocialmente ajustado (...) A superfície encontrará utilidade em investimentos econômicos que demandem exploração de propriedades ociosas (...) Já o direito de laje (...), consistindo em elogiável forma de democratização do direito de propriedade, (...) e, paulatinamente, agrega mais uma camada: a de instrumento de acesso à vida digna para muitos brasileiros, os futuros lajeários!¹²

Sendo assim, é evidente que o direito de laje consubstancia um novo direito real, conforme também sustenta o STJ no Resp. 1.478.254/RJ¹³. Esta conclusão se pauta não apenas na diferenciação demonstrada entre os institutos do direito de laje e do direito de superfície, mas sim pelo próprio legislador, tendo por base uma interpretação civil-constitucional, que possui como axiomas a dignidade da pessoa humana (Art.1º, III, CF), o direito social à moradia e a previsão do Art.3º, CF, em que se busca construir uma sociedade justa e também a erradicação da pobreza, da marginalização e a diminuição da igualdade.

¹⁰ STOLZE, Pablo. *Períodicos Eletrônicos. Direito real de laje: primeiras impressões. Revista SÍNTESE. Direito Imobiliário. São Paulo: IOB, 2011. Bimestral. v. 7, n. 40, jul./ago. 2017* <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDI%2040_miolo.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹¹ ROSENVALD, Nelson. *O direito real de laje como nova manifestação de propriedade*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹² Ibid.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.478.254/RJ*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1622557&num_registro=201401819930&data=20170904&formato=PDF> Acesso em: 16 abr. 2018.

2. DA (IN)EFICÁCIA DA LEI Nº 13.456/17 QUANTO AO DIREITO REAL DE LAJE

Antes de se adentrar na ineficácia ou não da Lei nº 13.465/17 quanto ao direito real de laje, é necessário definir o que seria a tal eficácia de uma norma. A eficácia consiste em um dos planos da teoria da norma jurídica, assim como a existência e a validade.

Convém destacar que como está se tratando da eficácia ou não da Lei nº 13.465/17 quanto ao direito real de laje não se adentrará na questão da existência e validade de tal norma jurídica, até porque não é o objeto do presente artigo. Ademais, a lei seguiu seu processo legislativo regular e não há, até o presente momento, qualquer ação de inconstitucionalidade em face de tal norma.

A eficácia de uma norma consiste no terceiro ponto de análise da formação da norma jurídica e pode ser conceituada como aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico e na sociedade, passando do modo do ser para o dever ser. Neste sentido, colaciono as palavras de Luís Roberto Barroso¹⁴, que afirma:

dessa maneira, a eficácia dos atos jurídicos traduz a sua aptidão para produzir os seus efeitos próprios, ou seja, é a possibilidade do ato de produzir consequências. A eficácia de uma lei permite que ela seja um meio idôneo para alcançar a sua finalidade, possuindo as qualidades necessárias para ser aplicada, exigida e executada.

A partir de uma análise conjunta entre o conceito de eficácia e do instituto do direito real de laje se percebe uma clara incongruência. Isto ocorre, pois, o processo de formação do direito de laje deriva de uma concepção histórica informal de determinadas comunidades nos grandes centros urbanos do país.

Conforme já salientado anteriormente, diversas aglomerações urbanas, que se formam, principalmente, nas capitais de cada Estado da Federação, surgem por meio de um processo desordenado. Este modo de formação de propriedade não se coaduna com a política de formação e nem com os planos diretores das cidades previstos no Estatuto das Cidades, em razão deste ser bem contemporâneo ao processo de surgimento daquelas.

Neste sentido, deve se observar as palavras do Ilustre Doutrinador Marco Aurélio Bezerra de Melo¹⁵, que em sua obra afirma:

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

¹⁵ DE MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito Civil: Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2018.



o direito real de laje na forma como veio positivado na Lei 13.465/17 (Art.1.510-A e ss., CC) pode não atingir com a eficiência esperada os fins da demanda por regularização fundiária das habitações construídas sobre imóveis alheios nos assentamentos humanos informais.

Diante de tal cenário, em que pese a boa vontade do legislador acerca de tentar remodelar a estrutura da cidade criando, inclusive, novos mecanismos como a Regularização Fundiária Urbana (REURB), isto acaba por não gerar uma eficácia plena de tal direito. Isso decorre em razão do que afirma o Art.176, §9º da Lei nº 6.015/73¹⁶, trazido pela Lei nº 13.465/17¹⁷ “A instituição do direito real de laje ocorrerá por meio da abertura de uma matrícula própria no registro de imóveis e por meio da averbação desse fato na matrícula da construção-base e nas matrículas de lajes anteriores, com remissão recíproca.”

O dispositivo legal em questão é nodal para demonstrar a ineficácia da norma em questão. Como se percebe o legislador entendeu que direito real de laje deverá se adequar as demais propriedades que já se encontram regularizadas, devendo ser criado um número de matrícula próprio no Registro Geral de Imóveis (RGI) para que seja feita a sua inscrição.

A boa vontade do legislador, embora seja louvável, não se coaduna com a realidade social do país, principalmente com a dos grandes centros urbanos. A laje surge dentro de um contexto informal, que prevê a garantia do direito à moradia e a função social da propriedade, e não se adequa ao que o legislador almeja.

A utilização de modelos comparados a que se valeu o legislador para legalizar tal instituto não se adequa a cotidiano brasileiro. O modelo suíço e o modelo português, em que pese terem sido eficazes e efetivos não se torna compatível, mesmo tendo sofrido certos ajustes, com o Brasil, pois a formação de comunidades por meio de um processo de favelização não ocorreu em tais países a fim de se solucionar a escassez de moradias de baixo custo para esse parte da população.

Neste sentido surge, claramente, uma separação entre a realidade do direito e o direito de realidade, como salienta Robert Melo¹⁸:

[...] uma série de perguntas podem ser feitas. (...) Não poderão ter suas lajes cedidas? Não serão regularizados? (...) O legislador deixa de observar a vida prática dos moradores de centros urbanos (...). Eles vão continuar fazendo exatamente isso,

¹⁶ BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

¹⁸ CAOS PLANEJADO. A realidade do direito e o direito da realidade: o direito à laje. Disponível em: <<https://caosplanejado.com/a-realidade-do-direito-e-o-direito-da-realidade-o-direito-a-laje/>>. Acesso em: 07 set. 2018

da maneira como o faziam antes. Devemos reconhecer a importância da laje e dos direitos que possui. (...) Contudo, as medidas a serem adotadas não podem significar uma piora na qualidade de vida dos proprietários e moradores desses espaços.

Diante de tal cenário é perceptível e evidente que o direito de laje não conseguirá se tornar uma medida plenamente eficaz diante da realidade social. Isso não decorre apenas da questão do registro da matrícula, que consiste em um dos primeiros passos para a questão da regularização.

Além disso, o proprietário da laje ainda terá que buscar o auxílio de diversos agentes, a fim de obter tal título. O fato de tais construções ocorrerem em lugares mais humildes e com pessoas de menor poder aquisitivo fará com que busquem um auxílio de um advogado ou, principalmente da Defensoria Pública.

Ademais, é necessário se dirigir a sede do Município, a fim de obter de requerer a planta do imóvel e a sua regularização, bem como verificar se haverá a incidência do pagamento de tributos sob a propriedade. A incidência de tributos foi outra novidade trazida pela Lei nº 13.465/17¹⁹ e que está contida no §2º do Art.1510-A: “O titular do direito real de laje responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre a sua unidade.”

Os argumentos apresentados acima denotam que essa nova lei atenta contra o direito de realidade e tornam a norma inócua e ineficaz. Em vez de simplificar o procedimento, ela acabou trazendo mais burocracia e um custo maior ao proprietário, que além de ter que passar por todo este processo, ainda pode vir a ter que arcar com o pagamento de tributos, dificultando ainda mais a situação de vida de tais pessoas, que mal possuem condição de manter o mínimo para a sua sobrevivência.

Neste sentido, as palavras proferidas pela Professora Claudia Franco Correa²⁰, em palestra realizada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro no dia 27/09/2017, são de suma importância para se compreender o fenômeno que se instaura com a Lei nº 13.465/17:

a Lei parte do pressuposto de que há direito de propriedade, o Direito de Propriedade formal, taxativamente contemplado pela Lei e nós não encontramos isso na formatação habitacional da favela. O Direito de Laje não é um direito de sobrelevação. É uma prática institucionalizada nas favelas brasileiras. Esse Direito de Laje contemplado pela Lei é dos ricos, porque o dos pobres foi esquecido.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁰ EMERJ. “*Esse Direito de Laje contemplado pela Lei é dos ricos, porque o dos pobres foi esquecido*”, diz a advogada Cláudia Franco Correa em evento na Emerj. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/direito-de-laje.html>. Acesso em: 07 set. 2018.



3. DA DESFUNCIONALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COM A LEI Nº 13.465/17

A propriedade é um dos direitos individuais mais antigos de que se tem conhecimento, estando previsto, inclusive, no Código de Hamurabi que previa a pena de morte para quem roubasse a propriedade do outro ou que recebesse a propriedade fruto do roubo²¹. A propriedade passou por diversas transformações ao longo da história, sendo alçada no século XX como um direito fundamental de primeira dimensão, onde havia uma obrigação do Estado de não fazer em relação ao proprietário.

Contudo, no final do século XX, com a efetivação do neoconstitucionalismo, por meio dos princípios da força normativa e da supremacia da Constituição Federal a propriedade é vista a partir não apenas de forma isolada, mas sim se valendo da sua função social. Neste sentido, Marco Aurélio Bezerra de Melo²² sustenta:

a propriedade divorciada do elemento que lhe confere conteúdo e tutela jurídica, que vem a ser o exercício do domínio mediante a atenta observância da função social, pois, em que pese a proteção de ordem privada da propriedade, ela deverá retratar uma finalidade econômica e social apta a sua vocação urbana ou rural, gerando frutos, empregos e conduzindo a uma justa circulação das riquezas, de modo a que tenhamos uma sociedade mais justa e solidária, objetivo primaz do estado democrático de direito deflagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O entendimento acima está ratificado na própria Constituição da República²³ que traz em seu Art.5º, XXIII, justamente, a função social da propriedade como um direito fundamental e cláusula pétrea do ordenamento jurídico pátrio em razão do disposto no Art. 60, §4º, IV. Ademais, tal princípio é visto ainda como informador da atividade econômica como dispõe o Art.170, III, CRFB/88, bem como pode gerar certas sanções no caso de não ser efetivado e respeitado, como é o caso da cobrança do IPTU progressivo caso a função social não seja cumprida (Art.182, §4º, II, CRFB/88 e Art.5º, do Estatuto das Cidades) ou até mesmo com a expropriação da propriedade, conforme prevê o Art.243 da CRFB/88.

Atualmente, a função social da propriedade ganhou mais um elemento que consiste no respeito da propriedade ao meio-ambiente, por isso alguns doutrinadores sustentam que o

²¹ SUA PESQUISA. *Código de Hamurabi. Origens, principais leis do código, objetivo, punições, história, lei de talião, Babilônia, Mesopotâmia*. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/mesopotamia/codigo_hamurabi.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

²² DE MELO, op. cit., 2018, p.93.

²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12 set. 2018



princípio deve ser denominado de função socioambiental da propriedade. Isso ocorre diante de uma aplicação conjunta do Art.5º, XXIII com o Art.225, ambos da CRFB/88, como salienta Juliana Santilli²⁴:

(...) a função socioambiental da propriedade entre os princípios desse novo ramo autônomo do Direito, com base numa releitura ‘ambiental’ da função social da propriedade. Consideramos que a função socioambiental da propriedade é muito mais do que um princípio específico do Direito Ambiental: é um princípio orientador de todo o sistema constitucional que irradia os seus efeitos sobre diversos institutos jurídicos. A função socioambiental da propriedade permeia a proteção constitucional à cultura, ao meio ambiente, aos povos indígenas e aos quilombolas.

A inclusão de tal elemento decorre não apenas da análise do ordenamento jurídico interno, mas sim de diversos tratados e convenções internacionais assinados e ratificados pelo Brasil. A soma dessa conjuntura interna e externa faz com que doutrinadores como Ingo Wolfgang Sarlet²⁵ denominem o Estado de Estado Socioambiental de Direito.

Diante do cenário apresentado é necessário constatar que essa relação não é eficaz quando relacionada com a Lei nº 13.465/17 no que tange ao direito real de laje, mesmo tal diploma normativa sendo recente. Embora a laje não seja o meio correto e adequado para se construir uma casa, em razão da precariedade com que é construída na maioria das vezes, é uma forma pela qual a população dessa população de comunidades de baixa renda vêm encontrando para diminuir o déficit de moradias nas últimas décadas devido à omissão do Poder Público em dar uma atenção maior para o direito fundamental à moradia.

Além disso, a Lei nº 13.465/17 traz como instrumento fundamental para a regularização fundiária a REURB, que consiste em diversas medidas a serem adotadas pelo Poder Público, dentre elas urbanísticas e sociais, como salienta o Art.9º. O instituto tem a sua importância e relevância, contudo, demanda gastos vultosos e que diante de um país em crise econômica e com a escassez de recursos, tanto público quanto privado.

Desta forma não parece que será uma prioridade a ser adotada pelos administradores públicos, pois além dos altos gastos para a promoção e efetivação de tal política urbana, a implementação de tal projeto demanda tempo e um esforço conjunto em todas as áreas e em parceria com os demais entes da federação. Ademais, há outra questão já

²⁴ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis. IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil e ISA- Instituto Socioambiental. 2000, p. 89.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2012.



salientada anteriormente que é a necessidade de regularização do direito real de laje, conforme explicitado anteriormente.

A partir de uma leitura e interpretação dos Arts. 176, §9º, da Lei de Registros Públicos²⁶ e 1.510-A, §3º, CC²⁷, estipulam que no caso do direito real de laje será aberta uma matrícula própria, ou seja, só será efetivado tal direito se estiver devidamente registrado no cartório competente. Aliás, só isso não é o bastante, pois deve ocorrer ainda à legitimação fundiária pautada na REURB, como salienta o Art. 23 da Lei nº 13.465/17²⁸ que afirma:

a legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016.

O que se verifica diante de tal situação não é apenas a burocracia existente para regularizar o direito real de laje, mas sim que estas pessoas dependem de uma ação comissiva do Poder Público para que tenham efetivado esse direito. Neste sentido, a lei não responde como ficarão as propriedades que estiverem na clandestinidade, ou seja, aquelas não regularizadas que não atenderam ao disposto e aos requisitos nos quais a Lei nº13.465/17 se propôs a criar, o que gera uma ruptura da isonomia no tratamento dado a propriedade.

A questão apresentada acima poderia ser mais bem equacionada se fosse observado o devido processo legislativo, em que houvesse discussões profundas de como viabilizar tal direito, de torná-lo eficaz e garantir a função social da propriedade. Em artigo publicado no site Consultor Jurídico, o Professor José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins²⁹, faz uma importante crítica à norma, que à época ainda era a MP nº 759, quando afirma:

é indubitável o profundo impacto social que referidas normas jurídicas causarão no cotidiano brasileiro, sendo ideal que tivesse havido um extenso e delicado debate sobre o tema. Ao invés disso, a medida provisória foi adotada no apagar das luzes, sem a participação de especialistas ou da população, (...) Trata-se sim, sem sombra de dúvida, de um problema urbano e, sobretudo, social que merece a atenção do Poder Público. Todavia, a urgência não pode ser motivo de negligência à técnica, sob o risco de se criar novas dificuldades.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁸ BRASIL. *Lei nº 13.465*, de 11 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

²⁹ CONJUR. *Medida Provisória que criou direito real de laje apresenta problemas técnicos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-07/jose-martins-mp-direito-real-laje-problemas-tecnicos>>. Acesso em: 12 set. 2018.



O que se percebe diante de tais indagações é que tanto o legislador quanto o Poder Público não se atentaram para a realidade social dessas localidades e do próprio país. Isso acaba por gerar uma ruptura não apenas na isonomia de como a propriedade é tratada nas comunidades de baixa renda, mas deixa de se atentar para a função social dessas moradias como forma de garantir o mínimo para essas pessoas.

CONCLUSÃO

Diante do exposto conclui-se que não há como negar a importância da matéria trazida pela Lei nº 13.465/17, que avança principalmente na efetivação de políticas públicas, tanto urbanas quanto rurais, como numa nova forma de se pensar o espaço das cidades e do campo. Destaca-se neste novo diploma normativo a Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social (REURB) e um novo direito real, qual seja o direito de laje.

A questão de ser um novo direito real (Art.1.225, XIII, CRFB/88), embora ainda não pacificada na doutrina, deve prevalecer, em razão das peculiaridades que circundam o instituto, como a perpetuidade e a constituição de matrícula própria. Ademais, a intenção do legislador foi de realmente dar um tratamento diferenciado para um instrumento que concede à moradia que já existe há pelo menos quatro décadas nos grandes centros urbanos do país.

A controvérsia maior que a lei gera e que foi comprovada anteriormente é quanto à eficácia e o respeito aos princípios básicos de toda propriedade. A novel legislação, além de ter sido aprovada de forma muito célere, sem a observância do devido processo legislativo para matéria em questão, criou uma burocracia ainda maior, com mais custos e não se atentou para a realidade das cidades, principalmente, das comunidades de baixa renda, que é aonde se concentram essas construções.

O fato das lajes não serem reconhecidas caso não estejam regularizadas, sem dar instrumentos e condições mínimas para essa população acabou por criar o “o direito de laje dos ricos”, como salientou a professora Cláudia Franco Corrêa. Além disso, a possibilidade de incidência de tributos e a dependência da criação da REURB para o surgimento e reconhecimento da regularidade impõem ainda mais onerosidade ao proprietário da laje.

Outrossim, procurou-se demonstrar a ruptura na isonomia e desfuncionalização da propriedade justamente em razão de tal burocracia, dos custos e da dependência de atos comissivos do Poder Público para a efetivação de tais direitos. Isso pode acabar gerando uma espera demasiada da Administração Pública deixando tais pessoas em situação ainda mais grave vulnerabilidade.



Diante de tal realidade é notório que a Lei nº 13.465/17 possui sua relevância e trata de assunto de suma importância, formando inclusive um microsistema de políticas públicas inerentes ao campo e a cidade junto com a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 10.257/01 (Estatuto das Cidades). Ocorre que, ao mesmo tempo ela não se atentou para a realidade, logo é necessário que algumas providências sejam efetivadas, a fim de conceber uma maior eficácia.

Dessa forma, diante de nenhuma modificação relevante desde a MP nº 759, depois convertida na Lei nº 13.465/17, é importante que a matéria venha a ser rediscutida no âmbito do poder legislativo. Sendo assim, o que se propõe ao final desse artigo é que o Congresso Nacional crie uma Comissão e que por meio desta sejam ouvidos diferentes setores da sociedade, realização de audiências públicas e convocação de políticas, a fim de que tal diploma normativo não seja mais uma norma inócua, mas sim que atenta aos ditames da realidade e aos fundamentos e objetivos da país, conforme estipulam os Arts. 1º e 3º da CRFB/88.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BRASIL. *Lei 13.465/17*, de 11 de julho de 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. CJF. Enunciado nº 639. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/639>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.478.254/RJ*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1622557&num_registro=201401819930&data=20170904&formato=PDF> Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12 set. 2018

_____. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.



CAOS PLANEJADO. *A realidade do direito e o direito da realidade: o direito à laje*. Disponível em: <<https://caosplanejado.com/a-realidade-do-direito-e-o-direito-da-realidade-o-direito-a-laje/>>. Acesso em: 07 set. 2018

CONJUR. *O direito de Laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície* <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie>>. Acesso em 16 abr. 2018

_____. *Medida Provisória que criou direito real de laje apresenta problemas técnicos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-07/jose-martins-mp-direito-real-laje-problemas-tecnicos>>. Acessado em 12 set. 2018.

CORRÊA, Cláudia Franco. *Controvérsias entre o “direito de moradia” em Favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. Editora Topbooks. 2012.

DE MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito Civil: Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2018.

EMERJ. “*Esse Direito de Laje contemplado pela Lei é dos ricos, porque o dos pobres foi esquecido*”, diz a advogada Cláudia Franco Correa em evento na Emerj. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/direito-de-laje.html>. Acesso em: 07 set. 2018.

FOLHA. *Desigualdade de renda no Brasil não caiu entre 2001 e 2015, aponta estudo* <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/09/1916858-desigualdade-no-brasil-nao-caiu-desde-2001-aponta-estudo.shtml>>. Acesso em 16 abr. 2018.

G1. *Com dois milhões de moradores, favelas do rio seriam sétima maior cidade do país* <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/09/com-2-milhoes-de-moradores-favelas-dor-ioseriam-7-maior-cidade-do-pais.html>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

IBGE. *Dia Nacional da Habitação: Brasil tem 11.4 milhões de pessoas vivendo em favelas* <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-favelas>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodium, 2013; VIEGAS DE LIMA, Frederico Henrique. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; PERCÍLIO, Renata. *Negócio jurídico de sobrelevação em direito de superfície*. Dissertação de mestrado em andamento, orientador prof. dr. Roberto Paulino, UFPE

ROSENVALD, Nelson. *O direito real de laje como nova manifestação de propriedade*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis. IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil e ISA- Instituto Socioambiental. 2000.



SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2012.

STOLZE. Pablo. Periódicos Eletrônicos. *Direito real de laje: primeiras impressões*. Revista SÍNTESE. Direito Imobiliário. São Paulo: IOB, 2011. Bimestral. v. 7, n. 40, jul./ago. 2017 <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDI%2040_miolo.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

SUA PESQUISA. *Código de Hamurabi. Origens, principais leis do código, objetivo, punições, história, lei de talião, Babilônia, Mesopotâmia*. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/mesopotamia/codigo_hamurabi.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

UMA VISÃO CRÍTICA DA UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM
CURSO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO LEGAL DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº
11.343/06

Farley dos Reis Santos

Bacharel em Direito pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro e Pós-graduado pela
Pontifícia Universidade Católica do Rio de
Janeiro.

Resumo – o informativo nº 596 do Superior Tribunal de Justiça teve a intenção de conferir maior segurança jurídica frente a questão da possibilidade de os magistrados utilizarem inquéritos policiais e ações penais em curso para configurar a dedicação à atividade criminadas daqueles que são sentenciados pelo crime de tráfico de drogas. Com isso, evita-se a concessão de redução de pena com base na alegação defensiva de que o praticante deste delito não estava familiarizado com a atividade delitiva, ou seja, que não era um praticante de crimes assíduo ou habitual. No entanto, a compatibilidade deste entendimento com a evolução legislativa no tratamento do tema bem como com princípios do ordenamento jurídico brasileiro como a presunção de inocência é questionável, o que permite uma análise crítica desta decisão judicial proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Presunção de Inocência. Informativo nº 596 do Superior Tribunal de Justiça. Não Incidência da Causa de Redução de Pena do Artigo 33, parágrafo 4º da lei nº 11.343/06. Verbete sumular nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

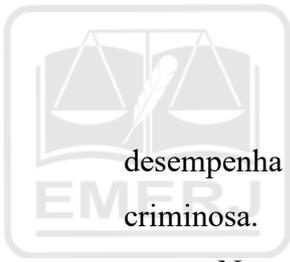
Sumário – Introdução. 1. O processo penal como um sistema de garantias ao acusado na aplicação da pena. 2. Análise da evolução do tratamento penal à questão das drogas e o enfoque nos aspectos da causa de redução de pena do Artigo 33, parágrafo 4º da lei nº 11.343/06. 3. Considerações sobre a compatibilidade do informativo nº 596 do STJ com o sistema normativo penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo oferecer uma visão crítica ao entendimento jurisprudencial do informativo 596 do Superior Tribunal de Justiça publicado em março de 2017. Tal orientação permite a utilização de inquéritos e ações penais em curso para afastar a incidência do privilégio contido no parágrafo 4º do Artigo 33 da lei nº 11.343/06.

Para justificar tal decisão, o Tribunal Superior, em questão, entende que o privilégio deve ser aplicado somente para aquele sujeito que entra em contato pela primeira vez com a prática do ilícito tipificado no Artigo 33 da lei nº 11.343/06.

Em outras palavras, é admissível a relativização da presunção de inocência se, no caso concreto, inquéritos policiais ou ações penais em curso demonstrarem que o acusado



desempenha de forma recorrente atividades criminosas ou, faz parte de alguma organização criminosa.

No entanto, há oportunidade para se apresentar uma visão crítica a tal posicionamento. Nesse sentido, procura-se demonstrar que toda relativização de princípio fundamental como a presunção de inocência deve ser feita com muita parcimônia.

Com isso, destaca-se que outras decisões também seguem a mesma perspectiva, ou seja, o presente caso, em análise, não é um caso pontal e exclusivo de relativização deste princípio. Ressalta-se que ao longo do desenvolvimento do trabalho, serão apresentados alguns exemplos de decisões que promovem essa relativização.

É basilar o entendimento que o Processo Penal é um sistema de garantias ao acusado para aplicação da pena, a ele, adequada. Nesse contexto, uma sequência de construções jurisprudenciais que relativizam uma garantia fundamental, como a presunção de inocência, antes do trânsito em julgado de uma condenação penal significa, de fato, atentar contra esse objetivo essencial do Processo Penal.

Outrossim, demonstra que preceitos como a liberdade individual, a preocupação do Estado Juiz não intervir, promovendo a persecução penal, além do necessário também são mitigados em detrimento de uma suposta garantia de criminalização. Em outras palavras, há um reforço penal jurisprudencial em atendimento ao clamor punitivo de boa parte da sociedade que, em última instância, afeta a política criminal como um todo e, por conseguinte, os preceitos da frágil democracia brasileira.

Para responder ao propósito da pesquisa de forma efetiva, será preciso apresentar, no primeiro capítulo, conceitos como a não antecipação dos efeitos da condenação penal e, por conseguinte, do princípio da Presunção de Inocência e, demonstrar de que forma, ele deve ser assegurado como uma garantia fundamental a ser defendida pelos aplicadores do Direito.

Posteriormente, o capítulo seguinte traz a comparação entre a incidência do benefício legal tipificado pela lei nº 13.343 de 2006 em seu Artigo 33, parágrafo 4º como reafirmação dos preceitos citados no capítulo anterior. Ademais, procura-se construir um pensamento que negar tal benesse, nessa perspectiva, é piorar a situação concreta do réu em virtude de processos penais e investigações policiais em curso.

O terceiro capítulo aborda possíveis reflexos da decisão, ora discutida, ao se pensá-la como parte integrante da política criminal brasileira. Em outras palavras, entendendo a construção jurisprudencial citada como uma parcela do sistema penal, cabe analisar, se há a possibilidade de essa permissão do uso de inquéritos e processos penais em curso para afastar



a incidência do benefício de o tráfico privilegiado gerar insegurança jurídica no tocante a resposta penal dada pelo juiz sentenciante.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, analisando as hipóteses apresentadas, questionando o entendimento formado e, ensejando um contraponto argumentativo a ele. Nesse sentido, utilizará acervo bibliográfico que consiste, basicamente, em legislação, doutrina e jurisprudência, informações e textos produzidos na rede mundial de computadores para ofertar o melhor entendimento ao tema proposto.

1. O PROCESSO PENAL COMO UM SISTEMA DE GARANTIAS AO ACUSADO NA APLICAÇÃO DA PENA

É crucial entender que o Processo Penal é um sistema de garantias ao acusado para aplicação da pena, a ele, adequada. Em outras palavras, processo é o caminho que deve ser percorrido e confeccionado, no caso concreto, pelos atores do processo penal para que, ao final, o réu obtenha a resposta judicial apropriada.

Na imputação da pena ou na absolvição da acusação anteriormente formulada, deve ser visualizado um sistema que reúne atos das partes, produção e apresentação de provas, a análise dessas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e, a presença de um juiz comprometido com a imparcialidade. Somente com a existência deste contexto básico é que pode se entender a compatibilidade do processo penal com os ideais norteadores do Estado Democrático de Direito.

Rui Cunha Martins¹, em sua obra *A hora dos Cadáveres adiados*, enuncia que o microcosmo do Estado de Direito é o processo judicial e, nesse sentido, apresenta a correspondência necessária que deve existir entre os processos e os preceitos democráticos, pois, segundo o autor², “o processo é ou deve ser expressão daquilo que o Estado de Direito é; assim sendo, ele deve-lhe correspondência. O que acontece com o Estado de Direito afeta sem remissão o processo”.

Nesse sentido, é elementar que se apresente a Presunção de Inocência como o princípio orientador do Processo Penal. O que pode ser facilmente visualizado ao se perceber que a imposição da pena, tem como objetivo óbvio, o cerceamento da liberdade de um indivíduo que viola a legislação penal, ou seja, que agride um bem tido como um dos mais

¹ MARTINS, RUI CUNHA. *A Hora dos Cadáveres Adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013, p.2.

² *Ibidem*.



importantes de qualquer ordenamento jurídico e, por isso, merecedor da tutela do Direito Penal.

Se, mesmo nas violações mais graves ao Ordenamento Jurídico, há respeito pelas garantias fundamentais dos indivíduos, por conseguinte, entende-se que todo o ordenamento, nos casos mais brandos, não deve se afastar da proteção aos direitos e garantias fundamentais dos seres humanos.

Nessa perspectiva, é importante destacar os ensinamentos do Professor Aury Lopes Junior³, a respeito da relação necessária que deve existir entre assegurar o papel preponderante da Presunção de Inocência como norte e guia do Processo Penal e, a efetiva consecução dos ideais Democráticos, no conferido pelo Estado aos que, a ele, se submetem:

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).

É fundamental para a legitimidade deste processamento destacado pelo ilustre professor que o réu seja tratado como presumidamente inocente. Com isso, procura-se afastar a sua concepção de persecução penal daquela verificada em períodos como a inquisição na Idade Média, época em que a dúvida era elemento de culpa e, o simples processamento já era, de fato, uma forma de pena ao acusado.

A dúvida em um processo penal liberal ou que resguarda os valores democráticos não pode ser encarada dessa forma. O *in dubio pro reo*, nesse sentido é uma consequência da presunção de inocência, pois, se há dúvida na análise das provas e, por conseguinte na formação do convencimento do magistrado, essa presunção se torna definitiva para absolver o acusado.

Outrossim, a presunção de inocência também se encontra expressamente consagrada no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴, tal artigo prescreve que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Tratado que foi percebido e vinculado ao nosso ordenamento jurídico com status de norma supralegal, ou seja, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal, conforme estipulado pelo STF⁵.

³ LOPES JUNIOR Aury. *Direito Processual Penal*. Bauru, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

⁴ CIDH. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 03 mai. 2018.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343-SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444>>. Acesso em: 12 ago. 2018.



Ressalta-se que tais enunciações são importantes para afastar qualquer estigma ou preconceção que possa ser vinculada à figura do réu. O que não deve ser feito pelas partes do processo penal e, tampouco pela coletividade em geral.

Para alcançar tal preservação, deve se evitar que um acusado seja visto como um condenado pelo meio social, pois, diminuir a percepção do povo no tocante às garantias inerentes ao processo penal é equivalente a enfraquecer neste mesmo povo a identificação com os direitos fundamentais, que devem ser amplamente assegurados em um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, para o bem-estar social e, para uma maior segurança jurídica, o Estado-Juiz deve ser transparente em suas ações. O que deve ser feito, demonstrando, sem obstáculos, que essas ações resguardam os direitos de todos, ou seja, que há um tratamento imparcial e despedido de preconceitos.

Por conseguinte, que a culpa não será imputada a qualquer um sem o devido processo, ou seja, não antes de a culpabilidade ter sido efetivamente provada, o que somente ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória penal.

Dessa forma, procura-se demonstrar que é evidentemente contrário ao entendimento emanado da Constituição Federal, a antecipação dos efeitos punitivos da sentença penal condenatória, pois, adotar esta perspectiva provoca necessário conflito com a presunção de inocência.

Com isso, para ilustrar tal juízo, tem-se o exemplo da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça que impede a adoção de inquéritos policiais ou processos, ainda sem trânsito em julgado, como forma de agravar a pena do réu em outro processo, ou seja, impede-se que a persecução penal em curso seja utilizada para gerar, em outro processo, os efeitos equivalentes ao da reincidência da condenação criminal.⁶

Relativizar, assim, qualquer aceção de direitos fundamentais deve ser encarado como uma medida drástica, em especial, em momentos de instabilidade institucional, uma vez que, são situações em que se torna mais necessária a função contra majoritária do Poder Judiciário.

Portanto, é necessário para o reforço do Estado Democrático de Direito que, haja respeito ao tratamento ao acusado em consonância com o princípio da presunção de inocência. O que ocorre, pois, em última instância, são os direitos e garantias fundamentais,

⁶ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 444*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=444&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 nov. 2017.



os instrumentos de defesa que impedem o exercício arbitrário e desmedido do poder punitivo do Estado.

2. ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO PENAL À QUESTÃO DAS DROGAS E O ENFOQUE NOS ASPECTOS DA CAUSA DE REDUÇÃO DA PENA DO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º DA LEI Nº 11.343/06

A figura descrita no parágrafo 4º do Artigo 33 da lei nº 11.343 de 2006⁷ foi uma inovação legislativa, ou seja, a anterior legislação específica sobre drogas na seara penal, Lei nº 6.368 de 1976, não continha previsão no mesmo sentido e assim, cabe observar o aspecto evolutivo que se tem ao se comparar os dois diplomas legais neste quesito.

Por oportuno, ressalva-se que a edição da lei nº 6.368/76 se deu em um período de regime de exceção. O contexto político nacional é caracterizado pela ditadura instaurada pelo golpe militar em 1964, regime esse que somente foi superado em 1985.

Nesse sentido, o contexto repressivo não só brasileiro como internacional é um fator de grande influência para a elaboração de leis e outras espécies normativas em nosso país. A análise objetiva é crucial para a elaboração do tipo penal do artigo 12 da lei nº 6.368/76, ou seja, são as condutas neste dispositivo descritas que importam e não aquele que as comete.

Ademais, de forma diversa ao tratamento conferido pela atual legislação penal, a antiga “Lei de Drogas” conferia um tratamento proibicionista e repressivo ao usuário de drogas por exemplo em seu artigo 16. O que reforça o entendimento que a perspectiva da Lei estava de acordo com as ações repressivas do Estado à época.

Entretanto, no período pós ditadura, com a reabertura política, sobreleva em nossa sociedade, um esforço por mais garantias, liberdade e respeito à dignidade e individualidade humana. Tais questões se tornam importantes pautas, o que também impacta na temática das drogas e, nesse sentido, observa-se uma postura mais racional e liberalizante com relação ao usuário.

A imagem deste usuário se altera. Ela deixa de ser associada de forma lógica a automática com a figura do criminoso para ser identificada com alguém que necessita de ajuda médica, educacional ou social. Neste ponto, percebe-se uma evolução não só legislativa como social.

⁷ Idem. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm)>.htm. Acesso em: 24 jun. 2018.



De igual sorte, a inovação trazida pela Lei nº 11.343/06⁸ com o parágrafo 4º do Artigo 33 também merece ser louvada, pois, além da figura do usuário, uma das espécies de cometimento do delito, em si, merece ser encarada de forma diversa pela sociedade e, por conseguinte, merece um tratamento mais brando do sistema punitivo.

Tal preocupação evidencia um tratamento mais específico sobre o tema por parte do legislador. Assim, mitiga-se a visão comum de interesse do Estado e da sociedade em reprimir aquele que adota uma conduta desviante e, adota-se uma postura mais interessada na realidade fática apresentada.

Em outras palavras, ao sairmos do tratamento geral conferido pelo Artigo 12 da Lei nº 6.368/76 para um tratamento ainda não ideal, mas que confere diferenciação entre o traficante habitual e aquele em recente contato com esta prática delitativa, reforçam-se preceitos como o da individualização da pena.

Ademais, essa inovação legislativa evidencia uma preocupação maior em lidar com o indivíduo do que com a conduta em si. A falta deixa de ser mais importante que a possibilidade de ressocializar o indivíduo. O que se demonstra com o fato de que, aquela conduta, que se amolda ao dispositivo em análise, recebe uma resposta penal mais branda por uma característica pessoal do acusado.

Em outras palavras, o fato de não ser habitualmente ou, densamente envolvido com esta prática delituosa determina que o acusado de traficar drogas receba uma pena menor do que aquele que já é um traficante com habitualidade.

Essa menor reprovabilidade demonstra uma crença maior na reinserção social daquele que está em seu primeiro contato com este delito. Mais que um simples favor do legislador, é uma verdadeira mudança de ótica e de como encarar a questão das drogas, apesar de singela, tal mudança está em consonância com o contexto à época de consolidação e de ampliação da pauta a respeito dos direitos fundamentais pós 1988.

O aspecto evolutivo se dá, nesse sentido, em se reconhecer que o Brasil, com a atual legislação de drogas, deixa de adotar o sistema proibicionista puro, para rumar em uma perspectiva despenalizadora com foco em alternativas ao encarceramento para o usuário e, repise-se, com tratamento mais focado em diminuir a incidência ou a força de reprimenda do direito penal em causas relacionadas às drogas.

⁸ Ibidem.



Nesse contexto, ressalta-se ensinamento da Professora Luciana Boiteux⁹ com relação ao abrandamento do modelo proibicionista conferido pela adoção desta outra perspectiva, ou seja, pela adoção do modelo despenalizador como modelo de controle de drogas:

O modelo despenalizador, também chamado proibicionista “moderado”, se fundamenta na concepção gradual de progressiva redução do controle penal sobre a posse e o uso de drogas, ou por sua substituição por controles administrativos, inicialmente em relação aos usuários, mantendo, no entanto, a política repressiva em relação a grande parte das condutas envolvendo o tráfico. Ele compreende tanto a redução das possibilidades de aplicação da pena de prisão, que são substituídas por alternativas não privativas de liberdade, como a retirada do caráter penal do uso e da posse de drogas ou sua submissão a um controle administrativo não-penal.

Contudo, ainda sobre a influência conferida pelas palavras da Professora Luciana Boiteux¹⁰, a vertente deste modelo adotada pelo Brasil não tem como objetivo imediato ou a curto prazo a descriminalização da circulação, do uso e da posse de drogas. Há uma vontade legislativa manifesta em possibilitar o desencarceramento do usuário e, neste passo, amenizar o caráter repressivo, com foco naquele indivíduo que se enquadra no tipo penal pela primeira vez.

Nesse sistema, entretanto, há uma manutenção dos tipos penais referentes à comercialização, posse, uso e circulação, porém, confere-se uma gama maior de possibilidade de respostas a estes atores sociais no caso concreto, ou seja, a atuação de instituições como a magistratura e o Ministério Público passam a ser cruciais para conferir o tratamento, no caso concreto, mais adequado aos parâmetros e escopos da lei.

É, nessa perspectiva, que o disposto no parágrafo 4º do Artigo 33 da Lei nº 11.343/06¹¹ deve ser analisado no tocante a sua aplicação. A ótica do magistrado e até do membro do Ministério Público deve se orientar por esta centralidade.

Ademais, analisar as diferenças existentes entre as modalidades do delito de tráfico de drogas, inclusive, foi objeto de recentes decisões de Tribunais Superiores. Cabe ressaltar, assim, a preponderância da tese de que o delito de tráfico de drogas, presentes os requisitos do dispositivo supracitado, não pode ser qualificado como um crime hediondo.

O que pode ser observado na Pet nº 11.796/DF¹² de Relatoria da Ministra Maria Thereza De Assis Moura presente no Informativo nº 595 do Superior Tribunal de Justiça e,

⁹ BOITEUX, Luciana. Modelos de Controle de Drogas: mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo. In: FIGUEIREDO, Regina; FEFFERMANN, Marisa; ADORNO Rubens (Org.). *Drogas & Sociedade contemporânea: perspectivas para além do proibicionismo*. São Paulo, São Paulo: Instituto da Saúde, 2017, p. 188.

¹⁰ Ibidem., p. 189-190.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 7.



ainda, tratamento semelhante é conferido no HC nº 118.533/MS¹³ de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgado paradigma presente no Informativo nº 831 do Supremo Tribunal Federal.

Com relação aos requisitos, é importante ponderar que: réu primário é aquele que não tem contra si condenação criminal pretérita transitada em julgado, destaca-se que é considerado primário aquele que a condenação criminal superou o prazo de cinco anos do artigo 64, I do CP¹⁴ também é considerado primário, nos dois casos, não se operam os efeitos da reincidência.

Os bons antecedentes do acusado se comprovam, por óbvio, pela análise de sua vida pregressa e, os fatores que determinam a reincidência, por si só, já afastam a incidência da causa de diminuição de pena. Contudo, para fulminar o requisito de bons antecedentes, deve haver um lapso temporal de cinco anos entre a nova prática delituosa e o cumprimento ou, a extinção da pena derivada da sentença condenatória penal transitada em julgado na forma do Artigo 64, I do CP¹⁵.

O requisito de não integrar organização criminosa demonstra a preocupação do legislador em conferir tratamento diverso àquele que não está de forma evidente e explícita associado com a comercialização de drogas ilícitas e toda a conjuntura de violência a ele inerente.

Com relação à dedicação à atividade criminosa, tal requisito é utilizado como justificativa para o Superior Tribunal de Justiça permitir o uso de inquérito policial e processo criminal em curso para afastar a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do Artigo 33 da lei 11.343/06.

A orientação jurisprudencial que serve de base para julgamentos dos demais casos semelhantes foi firmada no EREsp nº 1.431.091/SP¹⁶ de Relatoria do Min. Felix Fischer presente no informativo 596 do Superior Tribunal de Justiça.

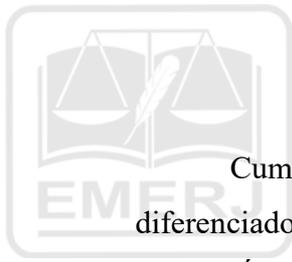
¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Pet nº 11.796/DF*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=Pet&num_processo_classe=11796>. Acesso em: 28 set. 2017.

¹³ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118.533/MS*. Relatora: Ministra Cármen Lucia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+E+%28118533%2ENUME%2E%29%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h3yckoe>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

¹⁴ Idem. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1.431.091/SP*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1431091&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 01 set. 2017.



Cumprе salientar que, tal requisito tem como escopo direcionar o tratamento diferenciado e mais brando para aquele que não tem a personalidade voltada para praticar delitos. É um reforço do objetivo primordial desta inovação trazida pela atual lei de drogas, ou seja, conceder maior foco a possível reinserção social daquele que se depara com a prática do tráfico de entorpecentes pela primeira vez.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A COMPATIBILIDADE DO INFORMATIVO 596 DO STJ COM O SISTEMA NORMATIVO PENAL

O informativo 596 do Superior Tribunal de Justiça¹⁷ estipulou a orientação jurisprudencial, permitindo, a utilização dos inquéritos e processos em cursos contra um réu como motivo suficiente para afastar a incidência do benefício de redução de pena previsto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06¹⁸.

Conforme já explicitado no capítulo anterior, tal entendimento se baseia no fato de que, para o STJ, processos criminais em curso ou, investigações são aptos a identificar aquele réu como um agente dedicado à atividade criminosa.

Cumprе salientar que, os requisitos para a concessão da causa de diminuição de pena, presentes no parágrafo do artigo supracitado da Lei de Drogas, são cumulativos. O que se extrai da percepção do próprio dispositivo legal para a concessão e da existência de jurisprudência consolidada sobre a exigência de todos os requisitos.

Dessa forma, a orientação firmada pelo Tribunal Superior, em questão, rechaça a possibilidade de um tratamento mais brando para as hipóteses em que há outros processos ou inquéritos contra o réu, uma vez que, basta a caracterização da dedicação à atividade criminosa para eliminar a hipótese de redução de pena.

Da leitura do informativo objeto do presente estudo, percebe-se que, os eminentes julgadores buscaram uma diferenciação entre a pessoa que tem seu primeiro contato com o aparelho punitivo estatal e, aquele que rotineiramente convive com a persecução penal.

A inteligência do citado informativo permitiu uma maior atividade do juiz na análise da situação concreta do réu. O que se deve ao fato de que o STJ não determinou e, sim, possibilitou a utilização dos inquéritos e processos penais como causa de afastamento da minorante.

¹⁷Idem. *Informativo de Jurisprudência nº 596*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0596.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2018.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 7.



Contudo, é importante lembrar que não se fez qualquer restrição com relação ao amadurecimento da causa para esta utilização. Em outras palavras, o comando jurisprudencial permite o uso de inquéritos e ações penais em curso ou, até mesmo, de inquéritos policiais de forma isolada como forma de caracterizar a dedicação do réu à atividade criminosa.

Com efeito, deve se destacar que no próprio processo em curso, a convicção do magistrado é formada conforme a apresentação das provas e evidências e, as suas confirmações em juízo após oportunizar o contraditório. É com a observância deste procedimento que a convicção do juiz se forma para condenar ou absolver o réu.

Assim, o que se observa é que tal permissão pode resultar na utilização de processos ainda em seu nascedouro e, ainda, de fases da persecução penal que sequer há garantia ao acusado de contraditar as informações de forma efetiva.

A orientação jurisprudencial ora estudada também afastou a incidência da súmula nº 444 do próprio STJ¹⁹ ao caso. A justificativa para tanto é que o entendimento sumulado se presta a evitar que inquéritos policiais e processos criminais em curso não podem ser utilizados para agravar a situação do réu na primeira fase de dosimetria da pena aplicada em processo penal.

Nesse contexto, o entendimento esposado pelo informativo em estudo não é encarado como uma forma de agravar a situação do réu. Em contrapartida, presta-se a afastar que o réu de um processo por tráfico de entorpecentes obtenha uma benesse legal. Em outras palavras, não se destina a agravar a situação do réu, apenas impede a percepção de um benefício o que seriam situações distintas.

De igual sorte, na opinião dos eminentes julgadores, tal permissão não se traduz em lesão a princípios orientadores e imperativos de nosso sistema jurídico como o princípio da presunção de inocência. Neste ponto, é importante destacar que é consolidado o entendimento que não há proteção absoluta a direitos fundamentais e que princípios podem ser relativizados.

Dessa forma, um abrandamento do princípio da presunção de inocência não seria medida excessiva, uma vez que existem outros fatos sendo apurados contra o mesmo agente por outras autoridades policiais ou judiciais.

No entanto, tal orientação se mostra capaz de gerar interpretações dispares nos casos concretos apresentados ao Poder Judiciário. Ademais, dada a indisponibilidade do bem tutelado pela presunção de inocência, tal possibilidade de divergência, no tocante a

¹⁹BRASIL. op. cit., nota 6.



interpretações dos magistrados, reveste-se de um caráter preocupante e dissonante com o sistema acusatório do processo penal brasileiro.

Analisando a correspondência do sistema acusatório para o processo penal com a Constituição Federal, o professor Geraldo Prado²⁰ profere importante orientação sobre o papel da jurisdição:

A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida em que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas, com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento.

A tendência do processo penal acusatório é evitar o decisionismo judicial e, nesse sentido, transmitir uma percepção de um sistema judicial mais coeso e uniforme ao jurisdicionado. Aquele que se vê diante de uma acusação penal não pode sofrer desde o início do processo a incidência da força punitiva do Estado. Com menor razão, a fase preliminar, em tese, administrativa do inquérito deve ter a amplitude de incutir qualquer gravame, por si só, na condição do acusado.

Tal fato é evidenciado, pois, há a atribuição de relativo valor a fase de inquérito policial, procedimento esse, que é eminentemente inquisitorial. Em outras palavras, a prova para a caracterização da dedicação à atividade criminosa do réu pode derivar de um procedimento sem a observância do efetivo contraditório e sem a garantia que a ampla defesa tenha sido exercitada.

Uma fase tida como preliminar à ação penal e que, pode ser a base para uma denúncia ou queixa. Com a apresentação da acusação ao juiz e eventual recebimento, forma-se um processo penal que, ao fim, pode determinar a absolvição daquele acusado.

Ressalta-se que o próprio Código de Processo Penal²¹ em seu artigo 12 corrobora o fato de que o inquérito pode ser utilizado como base para a denúncia e, por conseguinte, nestes casos, as peças que o compõem devem acompanhar a denúncia do Ministério Público ou a queixa do particular.

²⁰PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.74.

²¹BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 mai. 2018.



O indiciamento é o ato, no inquérito policial, de atribuição daquele fato típico investigado a uma pessoa, em outras palavras, é a manifestação de convencimento do delegado de polícia a respeito dos indícios de autoria e materialidade do delito.

Nessa perspectiva, tal ato constitui, como já afirmado, a primeira análise, ainda em âmbito administrativo, dos fatos ocorridos em uma prática delituosa. Assim, carga valorativa atribuída a ele com a recente exposição feita no Informativo nº 596 do STJ²² pode denunciar a necessidade de observação do contraditório e da ampla defesa como garantias a serem observadas obrigatoriamente na fase de inquérito policial, pois a sua condução, por si só, já pode resultar em uma pena mais grave ao acusado em outro processo.

Outra justificativa do citado informativo se verifica na obediência ao comando constitucional emanado do Artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal²³. Tal dispositivo constitucional determina uma reprimenda maior aos delitos de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e crimes definidos como hediondos.

Dessa forma, a interpretação mais restritiva da incidência do benefício se justificaria. Entretanto, tal comando também não pode assumir um caráter absoluto e deve ser sopesado com as condições apresentadas e principalmente com os direitos e garantias fundamentais que tal orientação constitucional pode colidir.

Importante lembrar que a redução de pena em destaque não se destina a aplicação em toda e qualquer hipótese do ilícito penal de tráfico de entorpecentes. O tratamento diferenciado devia ser conferido àquele que se depara inicialmente com esta prática delitiva e que, de fato, tem sua situação empiorada pela existência de outro processo ou inquérito policial, ainda que, a acusação nesses seja diversa do delito ora examinado.

Portanto, a realidade do caso concreto é o indicativo para a mensuração do grau de envolvimento daquele que é indicado como praticante da conduta descrita como ilícita pela Lei de Drogas. A ampliação dessa perspectiva, para permitir que a simples existência de processos penais em curso e, ainda, de inquéritos policiais seja suficiente para afastar uma causa de redução de pena pode ter a sua harmonia com o sistema judicial penal questionada e, nesse sentido, a colisão com o princípio da presunção de inocência pode ser suficiente para afastar esse permissivo jurisprudencial ora estudado.

²²Idem, op. cit., nota 2.

²³Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 dez. 2017.

Importante destacar que, o processo penal não tem como fim primordial a aplicação da pena ou conferir uma resposta punitiva àquele que se desviou das normas estabelecidas e protegida pela legislação penal.

O objetivo maior deste conjunto de atos é conferir limitações à atuação do Estado em sua função judiciária. Em outras palavras, o processo penal existe para impor limites a atuação do magistrado e, por conseguinte, para assegurar tratamento adequado àquele que se encontra na situação de acusado e investigado.

Dessa forma, os direitos e garantias inerentes à liberdade e à dignidade da pessoa humana devem ser observados com maior cuidado e importância. É por isso que se fala em se garantir a ampla defesa do acusado e, também, que ele seja tratado como inocente ao longo de todo o processo.

A presunção de inocência não pode ser tratada como uma benesse, ou seja, como algo disponível e maleável de acordo com o subjetivismo extraído da análise de cada caso concreto apresentado ao Poder Judiciário.

É sabido, também, que tal princípio não é absoluto. Entretanto, a repetição de tal entendimento jurisprudencial para relativizar a possibilidade de o acusado se defender na persecução penal pode evidenciar um grau de afastamento do processo penal pátrio com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é possível entender como criticável o entendimento jurisprudencial que admite a possibilidade de utilização de inquéritos policiais e processos penais em curso para impedir a incidência da redução de pena prevista para o denominado tráfico privilegiado de drogas ilícitas.

Conforme já explicitado, tal permissão tem o objetivo de configurar a dedicação à atividade criminosa daquele indivíduo que figura como réu em um processo envolvendo tráfico de entorpecentes.

Contudo, a consequência fática é a operação de efeitos em um processo em fase de sentença de procedimentos em fase de investigação policial e processos penais sem que, nesses, a culpa do acusado esteja efetivamente comprovada para piorar a situação deste réu.

A comprovação da dedicação do indivíduo ao cometimento de delitos é um dos requisitos legais que, se ausente qualquer requisito desses, impede a concessão da redução de pena na condenação por tráfico de drogas.



Com efeito, a compatibilidade deste entendimento com a evolução da legislação penal para o tema é questionável. Por fim, deve ser destacado que em tempos como os atuais, em que o clamor pelo punitivismo se apresenta de forma exacerbada, há uma evidente necessidade de o Poder Judiciário assegurar direitos e garantias fundamentais de todos.

Nesse contexto, a função contramajoritária do Estado Juiz deve ser enaltecida e, com isso, deve se conferir aos direitos fundamentais a categoria de elementos para o contrapeso dos anseios de uma maioria.

Em outras palavras, um determinado contexto ou realidade social pode formar um clamor social de ocasião com o intuito de conferir um tratamento mais rigoroso a uma determinada conduta. Cabe ao Poder Judiciário perceber as nuances desta situação e assegurar os elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito e, dessa forma, também instrui a população, diferenciando a defesa dos direitos fundamentais do fomento à impunidade.

Portanto, é fundamental que se desenvolva um olhar crítico sobre o tema com a adoção de uma visão mais cautelosa com o objetivo de assegurar a prevalência do tratamento de presumidamente inocente daquele que não sofreu nenhuma condenação penal. Dessa forma, evita-se que a presunção de inocência, princípio basilar de nossa democracia, sofra nova relativização.

REFERÊNCIAS

BOITEUX, Luciana. Modelos de Controle de Drogas :mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo. In: FIGUEIREDO, Regina; FEFFERMANN, Marisa; ADORNO Rubens (Org.). *Drogas & Sociedade contemporânea: perspectivas para além do proibicionismo*. São Paulo, São Paulo: Instituto da Saúde, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 mai. 2018.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm)>.htm. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1.431.091/SP*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <



<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1431091&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> >. Acesso em: 01 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n° 596*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0596.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Pet n° 11.796/DF*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=Pet&num_processo_classe=11796>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 444*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=444&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 118.533/MS*. Relatora: Ministra Cármen Lucia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+E+%28118533%2E%29%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h3yckoe> >. Acesso em: 16 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 466.343-SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

CIDH. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 03 mai. 2018

LOPES JUNIOR Aury. *Direito Processual Penal*. Bauru, São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Rui Cunha. *A Hora dos Cadáveres Adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANÁLISE DA LEI Nº 9.307/96 COM AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 13.129/15, E SUA
INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COM ÊNFASE AOS
CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Fernanda Souza de Menezes

Graduada pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

Resumo: As formas de resolução alternativas de conflito estão cada vez mais presentes no cenário brasileiro. Com o passar do tempo, as inovações legislativas permitiram um maior aproveitamento do instituto da arbitragem também a favor dos interesses da Administração Pública. O que antes era visto como um instituto apenas do direito privado, vem cada vez mais ganhando espaço e prestígio no âmbito do direito administrativo. A essência do trabalho é abordar a incidência da arbitragem no direito público, especialmente nas Parcerias Público-Privadas, verificar sua base legal e apontar seus benefícios para a sociedade em geral.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Administração Pública. Lei de Arbitragem. Parceria Público-Privada. Lei nº 11.079/04. Contratos Administrativos. Indisponibilidade de Interesse.

Sumário: Introdução. 1. Arbitragem sob a ótica dos princípios constitucionais da administração pública. 2. Arbitragem na seara estatal e a indisponibilidade do interesse público enquanto argumento contra o instituto. 3. Execução de sentença arbitral em âmbito da administração pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a arbitragem no âmbito dos contratos administrativos, em especial os de concessão especial de Parceria Público Privada – PPP. Procura-se demonstrar sua ampla incidência no ordenamento, especialmente após as inovações trazidas pela Lei nº 13.129/15, que introduziu o §1º no art. 1º da Lei nº 9.307/96, trazendo expressamente a possibilidade da administração pública direta e indireta se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

As PPP's surgiram no ordenamento brasileiro em momento de crise econômica, a fim de diluir os riscos do empreendimento entre o ente público e o particular, de modo a tornar o negócio mais atrativo e, conseqüentemente, aumentar a geração de lucros.

Abordam-se neste estudo as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir quais são os limites de incidência do instituto, especialmente quanto ao que seriam os ditos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública.

No primeiro capítulo do estudo são tratados os principais princípios constitucionais aplicáveis à administração pública, em especial o da inafastabilidade do poder judiciário e o



da legalidade, que são usualmente utilizados como argumentos a fim de afastar a incidência da arbitragem em âmbito público.

A Lei nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de PPP no âmbito da administração pública, foi uma das primeiras normas a admitir a arbitragem celebrada entre entes públicos, no artigo 11, inciso III do mencionado diploma legal, já que, até então, a própria lei de arbitragem era omissa nesse ponto.

Mas foi apenas após a alteração da Lei de Arbitragem, com previsão expressa de sua utilização no âmbito da administração pública, que o tema se tornou incontroverso.

É o entendimento da doutrina de que é necessária autorização legislativa para que um ente público se submeta à arbitragem. Especificamente quanto aos contratos de PPP, como visto, a autorização foi feita no artigo 11, inciso III da Lei nº 11.079/04, de modo que quanto à arbitrariedade subjetiva o Estado já possui capacidade. Resta discutir neste estudo os limites objetivos da arbitragem neste contrato administrativo.

Discute-se, ademais, a aparente incongruência entre o princípio do sigilo da arbitragem e o princípio da publicidade que rege o direito administrativo.

Além disso, no segundo capítulo desta exposição, busca-se desconstruir a ideia de que o poder público possui alguns interesses que podem ser considerados disponíveis, refutando-se assim a tese da indisponibilidade do interesse público como fator a também excluir a incidência da arbitragem em contratos públicos.

Finalmente, o terceiro e último capítulo aborda como se dá a execução das sentenças arbitrais e sua especial aplicação no âmbito público, tendo em vista que, como é sabido, a administração pública sujeita seus pagamentos, em regra, ao sistema constitucional dos precatórios, em contraposição com o artigo 16 da Lei nº 11.079, que prevê um Fundo Garantidor.

A metodologia adotada no estudo consiste na metodologia de pesquisa qualitativa, do tipo bibliográfica, com o uso de doutrina nacional e análise jurisprudencial dos Tribunais Superiores do país acerca da temática em foco.

Em suma, o presente estudo pretende demonstrar os benefícios que a administração pública conseguirá alcançar com a conjugação dos institutos da arbitragem e PPP's, seja pela maior atratividade dos negócios a serem empreendidos, seja pela maior eficiência do serviço público a ser prestado, que é um dos princípios norteadores da administração pública em geral.



1 – ARBITRAGEM SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A autocomposição, gênero, constitui um meio alternativo de solução de conflitos válido, sendo a arbitragem uma espécie. A arbitragem constitui um meio alternativo de solução de conflitos, atualmente regulado pela Lei nº 9.307/96, atualizada pela Lei nº 13.129/15, e com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

De acordo com Carlos Alberto Carmona¹:

[...] A arbitragem é uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.

Com o avançar do tempo, observa-se que o instituto da arbitragem vem sendo cada vez mais utilizado no ordenamento. É um movimento que deve ser visto com bons olhos, tendo em vista ser a arbitragem a forma mais eficiente de desafogar o judiciário, e dessa forma proporcionar a almejada celeridade processual.

É costume confrontar a arbitragem com o princípio constitucional da inafastabilidade do poder judiciário, disposto no artigo 5^a, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito²”.

Entretanto, essa garantia não é infringida pela arbitragem, pois, conforme leciona Ada Pellegrini, a eficácia da sentença arbitral é legitimada pela vontade das partes, manifestada ao optarem por esse modo de solução dos conflitos e assim renunciando à solução pela via judicial³.

Em relação à realização da arbitragem pela Administração Pública, um outro obstáculo que antes era apontado era o respeito ao princípio da legalidade, disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal⁴, que consiste em um dos principais princípios que regem a

¹ CAMONA apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos*, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45459>>, Acesso em: 22 mai. 2018.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 22 mai. 2018.

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.



administração em geral. Segundo o princípio, a atuação do Poder Público impende de autorização legal.

Ocorre que a Lei das Parceiras Público Privadas (Lei nº 11.079/04), em seu artigo 11, inciso III⁵, foi o primeiro dispositivo legal a trazer a possibilidade de que as PPP fizessem uso da arbitragem. Ora, sendo PPP uma concessão de serviço público especial, logo, sujeita às regras da Administração Pública, surge então o primeiro dispositivo a embasar o princípio da legalidade e permitir a arbitragem pelo Poder Público.

Após alteração legislativa feita pela Lei nº 13.129/15 na Lei nº 9.307/96, passou a haver na Lei de Arbitragem previsão expressa, no §1º do artigo 1º da referida lei, de que a Administração Pública pode realizar arbitragem em modo amplo. Desse modo, cai por terra o argumento contrário a esta possibilidade.

A lei de PPP do Estado do Rio de Janeiro, Lei Ordinária nº 5.068/07, sem seu artigo 18, inciso, XI⁶, estabelece ser cláusula necessária do contrato o estabelecimento de mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem.

Desse modo, não há dúvidas acerca da possibilidade da administração pública utilizar a arbitragem como forma de resolver seus conflitos, no que se refere aos seus direitos patrimoniais disponíveis, podendo instituir a cláusula compromissória. Acerca do que sejam os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública, o tema será melhor abordado no capítulo seguinte do estudo.

Sendo incontroverso o uso da arbitragem no âmbito das PPP, cria-se maior segurança jurídica e segurança de que o contrato será respeitado, sendo os conflitos resolvidos de forma mais célere do que o seria se fosse submetida ao Poder Judiciário. Além disso, os árbitros são especializados no assunto a ser discutido, diferentemente do magistrado.

Por outro flanco, levando em consideração que as legislações foram omissas quanto à escolha da câmara arbitral, o melhor entendimento é o de haver necessidade de licitação para essa escolha. Isso porque se deve obedecer os princípios da moralidade e legalidade administrativa, dispostos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal⁷.

⁵ BRASIL. *Lei Federal nº. 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> Acesso em: 21 mai. 2018.

⁶ BRASIL. *Lei Ordinária do Estado do Rio de Janeiro nº. 5.068*, de 10 de julho de 2007. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/3f9398ab330dbab883256d6b0050f039/465e374d41ace5468325732100704436?OpenDocument>> Acesso em: 21 mai. 2018.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.



Não se pode considerar como causa de inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.666/93⁸, devendo prevalecer a exigência prevista no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, com a realização de um certame licitatório envolvendo o contrato.⁹

Outro impasse que surge quando é questionado o tema é quanto ao sigilo da arbitragem frente ao princípio da publicidade administrativa. Isto porque enquanto o processo arbitral oferece a confidencialidade de seus atos, a Lei de Arbitragem estabelece que toda arbitragem que envolva a administração pública respeitará o princípio da publicidade¹⁰.

De acordo com o artigo 13, §6º da Lei nº 9.307/96¹¹, não há necessidade de se incluir cláusula expressa que determine o sigilo, já que o próprio artigo impõe ao árbitro o dever de “imparcialidade, independência, competência, diligência e descrição”, podendo daí se inferir também o seu caráter sigiloso.

Já a regra geral da publicidade administrativa, prevista no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, segundo posicionamento da doutrina, deve ser relativizada quando se tratar de atos bilaterais, ou seja, atos em que tenha atuado tanto a administração quanto o particular. Há casos em que deva ser determinado o sigilo para a proteção do particular, como é o exemplo de uma perícia realizada em processo arbitral para averiguar o desempenho da prestação do serviço. Ora, tratando-se de empresa particular, a publicidade deste conteúdo poder-lhe-ia gerar prejuízos do ponto de vista estratégico da empresa, revelando seu *know-how*, patentes, etc.¹².

Certo é que a publicidade administrativa jamais será no toda afastada, apenas relativizada. Ressalta-se aqui o dever que tem a administração pública de transparência e divulgação de seus atos, de forma geral, ou seja, não impedir o acesso de terceiros a informações públicas, bem como levar aos terceiros essas mesmas informações. Nesse sentido:

“segundo a Lei nº 12.527/2011, o princípio da publicidade também foi desdobrado em dever de transparência e dever de divulgação, traçando-se uma sutil diferença

⁸ BRASIL. *Lei Federal nº. 8.666*, de 21 de julho de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 21 mai. 2018.

⁹ NARDI, Luciana. *A arbitragem na administração pública*. Tribunal Arbitral de São Paulo-Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.taspmv.com.br/artigos/artigosrecentes_27.htm> Acesso em: 22 mai. 2018.

¹⁰ BRASIL. *Lei Federal nº. 9.307*, artigo 2º, §3º, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em: 20 mai. 2018.

¹¹ Ibid.

¹² ARAÚJO NETO. Pedro Irineu de Moura. *A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade*. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139.pdf> , p. 145. Acesso em: 02 out. 2018.



entre esses dois deveres: enquanto o primeiro se expressa apenas por meio da possibilidade de acesso à informação, o segundo impõe que a informação seja levada ao conhecimento do público. Assevera-se também que a repercussão dessa diferença no procedimento arbitral implica que a Administração Pública deve distinguir entre as situações em que lhe incumbe apenas a transparência e aquelas em que ela é obrigada a dar divulgação, visando-se mais uma vez a estimular a dinâmica de incentivos inerente à arbitragem¹³”.

A ser usado como ponto positivo, nota-se que nos contratos que versam sobre grandes valores, como geralmente são os casos de Parcerias Público Privadas, a transparência pública é usada para que o empresário se atente aos fatores econômicos da relação e observe os riscos da contratação, bem como “qual a qualidade do judiciário e o grau de corrupção; quais são as alternativas de saída, ou seja, quais são os mecanismos de resolução de disputas, de forma que o investimento privado estará protegido¹⁴”.

Portanto, no tocante ao sigilo e confidencialidade da arbitragem, nota-se que o legislador trata do dever do árbitro de manter o sigilo a respeito das informações do procedimento arbitral, sendo esta uma obrigação *ex lege*, por força do mencionado §6º do art. 13 da Lei nº 9.307/96¹⁵. A publicidade pública é inerente ao estado democrático de direito, mas que pode sofrer ponderação quanto à natureza do interesse de que versa: se iminentemente público, irá preponderar; caso tenha caráter bilateral, ou seja, envolva interesses particulares, como ocorre em contratos de PPP’s que envolvam empresas, deve ser relativizado.

2 – ARBITRAGEM NA SEARA ESTATAL E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO ENQUANTO ARGUMENTO CONTRA O INSTITUTO

Forte argumento levantado na doutrina contra a arbitragem realizada pelo Poder Público é a ideia de que o uso desse instituto acarretaria violação ao princípio geral de direito administrativo da indisponibilidade do interesse público, pois submeteria à apreciação arbitral interesses públicos que são, em regra, indisponíveis, exigindo apreciação judicial.

Segundo este entendimento, há também oposição específica quando se trata de arbitragem que tenha como objeto a prestação de serviço público, pois simplesmente por

¹³ Ibid, p. 151.

¹⁴ BARROS apud Ibid, p. 149. Acesso em: 02 out. 2018.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.



envolver a questão de serviço público estaria desatendido o requisito da disponibilidade do direito para proceder à arbitragem¹⁶.

Surge nessa discussão uma confusão entre institutos que é também usada como fundamento para afastar a aplicação da arbitragem em âmbito público: a analogia entre o compromisso arbitral e a transação. Porém, não se pode confundi-los. Enquanto a transação é acordo entre as partes para colocar fim a um litígio, a arbitragem significa submissão do conflito à decisão de árbitros escolhidos pelas partes, com renúncia ao judiciário¹⁷.

Porém, é errado esse raciocínio, tendo em vista que os institutos da transação e da arbitragem de maneira nenhuma se confundem. O ponto comum é apenas a matéria que lhes são passíveis de discussão, que são os direitos indisponíveis, nada mais.

É muito simplista o argumento de que não cabe à administração pública realizar arbitragem, pois todos seus interesses seriam indisponíveis, e a arbitragem apenas alcançaria os interesses disponíveis. Atualmente, além de permitido, é de se querer que o Poder Público faça uso da arbitragem, com o fim de empreender maior celeridade ao processo, ante a ausência de empecilhos legais ou constitucionais.

O que a Lei de Arbitragem quis dizer com direitos patrimoniais disponíveis é que são direitos passíveis de negociação, contratação. Ora, assim os são os direitos públicos.

Isso porque, na realidade, o princípio da indisponibilidade do interesse público significa que não pode o administrador atuar para atender interesse que lhe é próprio, mas sim interesses públicos. Em outras palavras, “o princípio reforça a noção segundo a qual o administrador deve obediência à lei, na medida em que atua na gestão de interesses cujo titular (a coletividade) se expressa mediante decisões do Legislativo”¹⁸.

Assim, há, dentro dos interesses do Poder Público, direitos que podem ser objeto de contratação, logo, passíveis de submissão à arbitragem, e aqueles que não o são, sendo-lhes defesa a arbitragem.

De acordo com Di Pietro¹⁹:

¹⁶ CÂMARA, Jacinto Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. O cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Atlas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/41529/40879>>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 119.

¹⁷ PEREIRA, Ana Lucia Pretto; GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. *Arbitragem na Administração Pública Brasileira e Indisponibilidade do Interesse Público*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/23491/20498>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹⁸ CÂMARA; SUNDFELD., op. cit., nota 16.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2017. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/7095/891-Direito-Administrativo-Maria-Sylvia-Zanella-di-Pietro-30-edicao-2017.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.



É possível usar a arbitragem quando se trata de ato de gestão (em que a Administração Pública atua sem o seu poder de império, ou seja, como se fosse um particular na gestão de seus negócios); nessa situação ela se iguala ao particular, ao contrário do que ocorre quando se trata de ato de império.

Desse modo, é possível a arbitragem nos atos negociais, em que a administração pública se iguala ao particular, porque age sem prerrogativas públicas²⁰.

É preciso esclarecer que direito patrimonial indisponível não se confunde com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Enquanto o interesse público é sempre indisponível (tanto o primário – interesse da coletividade – quanto o secundário – atividade meio da administração), os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis, conforme visto.

Ademais, é importante aqui mencionar a posição do Superior Tribunal de Justiça, entendendo pela possibilidade de utilização da arbitragem em relação a serviços comerciais e industriais do Estado, ou seja, quando se trata de atividade econômica em sentido estrito. Nesse sentido²¹:

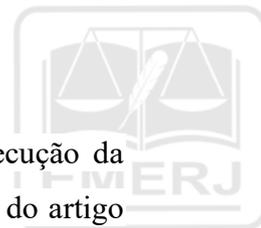
PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade economia de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, §1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial provido.

3 – EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL EM ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apesar da notável eficiência da arbitragem no âmbito da administração pública, ante sua celeridade e demais benefícios, ainda há uma barreira a ser enfrentada no momento da execução da sentença arbitral.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 606.345 RS 2003/0205290-5*, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data do Julgamento: 17/05/2007 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 08/06/2007, p. 240. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8926234/recurso-especial-resp-606345-rs-2003-0205290-5-stj/relatorio-e-voto-14086269>>. Acesso em: 03 set. 2018.



Em regra, o sistema de execução da sentença arbitral segue o rito de execução da sentença judicial, tendo em vista que constitui título executivo judicial, nos termos do artigo 515, inciso VII do Código de Processo Civil vigente²², de modo que seguirá o rito dos artigos 354 e 353 do mesmo diploma legal.

Ocorre que quando se fala em pagamentos pela Fazenda Pública, inevitavelmente incidimos no sistema de precatórios, previsto no artigo 100 da Constituição Federal de 1988²³:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Temos que nos atentar, ainda, ao artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT²⁴, segundo o qual o exequente poderá receber seu crédito em pequenas parcelas anuais, que poderão ser divididas em até 10 anos.

Entretanto, fez bem o legislador ao prever regra específica na Lei das Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/04)²⁵ que constitui possível alternativa ao exequente. Isto porque o artigo 16 do mencionado diploma legal trata do Fundo Garantidor das Parcerias Público Privadas, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta lei²⁶.

Isso significa dizer que quando se trata de PPP, havendo decisão contrária à Fazenda Pública, a condenando a pagar valor em dinheiro a particular, a administração pública poderá fazer uso das garantias do Fundo para efetuar o pagamento.

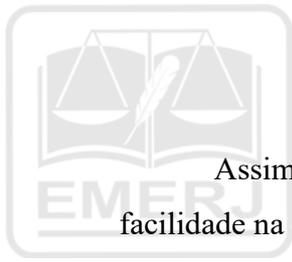
²² BRASIL. *Lei Federal nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 17 set. 2018.

²³ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁴ “Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)”. BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct> Acesso em: 17 set. 2018.

²⁵ BRASIL. *Lei Federal nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2014, artigo 16, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm> Acesso em: 16 set. 2018.

²⁶ *Ibid.*



Assim, conjugando os artigos 11, inciso III e 16, caput da Lei nº 11.079/04²⁷, há maior facilidade na obtenção de valores pelo particular frente à administração pública.

Há vozes que sustentam que a criação de fundos garantidores ferem a isonomia na administração pública, já que não está presente nos contratos administrativos em geral. Porém, não é o entendimento que deve prevalecer. Espera-se que o gestor público invista mais em fundos garantidores para que as execuções de modo geral possam ser mais céleres

Insta ainda ressaltar que muitos casos são levados ao juízo arbitral em que o contrato administrativo ainda está vigente, e discute-se apenas uma não execução de parte do contrato. Nestes casos, é possível que após a decisão arbitral a Administração efetue voluntariamente o pagamento, como forma de acatar a decisão arbitral e seguir na normal execução do contrato.

Em todas as demais hipóteses, não há como negar que a execução da sentença arbitral que condena ao pagamento de quantia certa em desfavor da Fazenda Pública em face ao particular há de ser realizada mediante o rito dos precatórios, por força da previsão constitucional.

Por outro flanco, nota-se que a maioria das prerrogativas aplicáveis à administração pública em juízo não se aplicam quando esta atua no procedimento arbitral. Como exemplo, pode-se citar o reexame necessário, inaplicável ao processo arbitral, tendo em vista que a Lei nº 9.307/96²⁸ nada fala a respeito. É possível afirmar isto até porque não existe em âmbito arbitral o duplo grau de jurisdição.

Também por falta de previsão legal específica, não goza a administração pública em sede arbitral dos prazos em dobro previstos no CPC. Neste tocante também não há qualquer ilegalidade, posto que o legislador, por política judiciária, não prevê esta prerrogativa em todos os processos em que a Fazenda Pública atue, como é, por exemplo, no caso dos Juizados Especiais Federais²⁹.

CONCLUSÃO

A arbitragem é um instituto de resolução alternativa de conflito utilizado há muito tempo no Brasil. Sua eficácia e celeridade são grandes atrativos para sua adesão, tendo em vista que um terceiro, com conhecimento especializado, é chamado para decidir o conflito que

²⁷ Ibid.

²⁸ BRASIL. op. cit., nota 10.

²⁹ BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm> Acesso em: 18 set. 2018.



lhe é apresentado. A decisão proferida deve ser respeitada, tendo em vista que o atual Código de Processo Civil reconhece a sentença arbitral com eficácia de um título executivo judicial, nos termos do artigo 515, inciso VII, CPC/15.

É reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro a aplicação do instituto de arbitragem também em âmbito da administração pública, o que não gera ofensa ao princípio da inafastabilidade jurisdicional, estabelecido constitucionalmente. Tampouco merece prosperar o argumento da indisponibilidade dos interesses públicos, já que, como abordado neste estudo, não restam dúvidas acerca da possibilidade do uso de arbitragem quando o interesse da administração versar sobre atos de gestão.

Entretanto, como está em pauta o interesse público da administração, não é possível deixar de lado a exigência prevista no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, qual seja, a realização de um certame licitatório envolvendo o contrato.

Assim, erradicando qualquer discussão sobre o tema, há previsão especial na Lei de Parcerias Público-Privadas a possibilidade da adoção da arbitragem como meio de resolver eventuais conflitos, já que agora o direito da Administração em fazer uso da arbitragem foi positivado no artigo 11, inciso III da Lei nº 11.079/04.

Superados os argumentos contrários ao uso do mecanismo em âmbito de direito público, surgiram os questionamentos acerca das formas de execução arbitral. Como é notória, a forma da Administração Pública tem para realizar pagamentos é através do sistema constitucional de precatórios. Todavia, em âmbito de PPP, há positivado o Fundo Garantidor, que permite o pagamento imediato de quantia determinada em lei, sendo assim, mais um fator que atribui benefício à escolha do instituto ora estudado.

Com esse trabalho foi possível concluir que a nova Lei de Arbitragem, junto com a previsão específica na Lei de PPP, positiva os entendimentos já consolidados pela doutrina e jurisprudência acerca da admissibilidade de arbitragem em âmbito público. Ademais, é possível afirmar que se espera que o administrador público faça uso da arbitragem sempre que possível, e que o legislador brasileiro vise sempre aprimorar esta prática, já que, como visto, há muitas vantagens a serem colhidas a partir de sua adoção.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO NETO. Pedro Irineu de Moura. *A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade*. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.



BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 17 set. 2018.

_____. *Lei Federal nº 13.129*, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm> Acesso em: 14 set. 2018.

_____. *Lei Federal nº 10.259*, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm> Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Lei Federal nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm> Acesso em: 16 set. 2018.

_____. *Lei Federal nº 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: 14 set. 2018.

_____. *Lei Federal nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Lei Ordinária do Estado do Rio de Janeiro nº 5.068*, de 10 de julho de 2007. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/3f9398ab330dbab883256d6b0050f039/465e374d41ace5468325732100704436?OpenDocument>> Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 606.345 RS 2003/0205290-5*, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data do Julgamento: 17/05/2007 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 08/06/2007, p. 240. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8926234/recurso-especial-resp-606345-rs-2003-0205290-5-stj/relatorio-e-voto-14086269>>. Acesso em: 03 set. 2018.

CÂMARA, Jacinto Arruda. SUNDFELD, Carlos Ari. *O cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito Administrativo. Atlas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/41529/40879>>. Acesso em: 31 ago 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DELGADO, José Augusto. *A Arbitragem no Brasil – evolução história e conceitual*. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf> Acesso em: 05 set. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/7095/891-Direito-Administrativo-Maria-Sylvia-Zanella-di-Pietro-30-edicao-2017.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

_____. Maria Sylvia Zanella. *As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>> Acesso em: 19 set. 2018.

FREIRE. José Nantala Badue. *As barreiras da execução de sentença arbitral contra a Fazenda Pública*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-barreiras-da-execucao-de-sentenca-arbitral-contr-a-fazenda-publica/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos*, 2003. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45459> >. Acesso: em 22 mai. 2018.

LARGHI. Guilherme Mendes. *As inovações da Lei nº 13.129/2015 na lei de arbitragem e sua aplicação no âmbito da administração pública*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/GuilhermeMendesLarghi.pdf> Acesso em: 20 ago. 2018.

LEMES. Selma Ferreira. *Incentivos à arbitragem na administração pública*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/IncentivosaArbitragemnaAdministra%C3%A7%C3%A3oP%C3%ABblica%20-2016.pdf>> Acesso em: 04 set. 2018.

NARDI, Luciana. *A arbitragem na administração pública*. Tribunal Arbitral de São Paulo-Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.taspvm.com.br/artigos/artigosrecentes_27.htm> Acesso em: 22 mai. 2018.

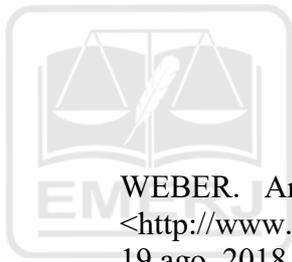
OLIVEIRA. Gustavo Justino de. *Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/ver-bete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>> Acesso em: 19 set. 2018.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. *Arbitragem na Administração Pública Brasileira e Indisponibilidade do Interesse Público*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/23491/20498>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

RODI. Rodrigo Mota. *Cabimento da arbitragem na administração pública: estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/294_monografia_2016_Rodrigo%20Rodi.pdf> Acesso em: 04 set. 2018.

SAVOLDI. Pedro Adolfo; PRIESS. Alexandre dos Santos. *A (in)admissibilidade da arbitragem na administração pública*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64942/a-in-admissibilidade-da-arbitragem-na-administracao-publica>> Acesso em: 19 ago. 2018.

SICA. Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>> Acesso em: 20 set. 2018.



WEBER. Ana Carolina. *Arbitragem nas parcerias público-privadas*. Disponível em:
<<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23663/16719>> Acesso em:
19 ago. 2018.



A LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS COM PENA MÁXIMA SUPERIOR A QUATRO ANOS

Fernando Luís de Sá Barquinha Luz

Graduado pela Fundação Getúlio Vargas Direito Rio. Advogado. Pós-Graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Trata-se de trabalho que analisa a tratativa do ordenamento jurídico brasileiro da liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis com pena máxima superior a quatro anos. O trabalho visa a avaliar a alteração legislativa que mudou as normas referentes à fiança no processo penal, o posicionamento dos tribunais superiores quanto ao tema e realizar o estudo de caso concreto com a análise de habeas corpus tratando do tema.

Palavras-chave – Processo Penal. Inafiançável. Liberdade Provisória.

Sumário – Introdução. 1. Evolução do instituto da fiança no Código de Processo Penal. 2. Entendimento jurisprudencial quanto à liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis. 3. Estudo de Caso, HC nº 112.640/SP e HC nº 93.302/SP do STF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO:

O trabalho aborda a relação entre as alterações do legislador quanto à liberdade provisória com e sem fiança e o instituto da inafiançabilidade. O constituinte originário buscou agravar certos crimes tornando-os inafiançáveis conforme previsto no art. 5º, XLII e XLIII da CRFB/88. Porém o legislador ordinário alterou o Código de Processo Penal por meio da Lei nº 12.403/2011 conferindo nova redação a alguns artigos do Capítulo VI, “Da Liberdade Provisória, Com ou Sem Fiança” do Título IX do Código de Processo Penal.

No presente artigo, busca-se analisar como as alterações da Lei nº 12.403/2011 afetaram a inafiançabilidade para crimes inafiançáveis de pena máxima maior de quatro anos e como a jurisprudência tem se manifestado quanto ao tema. Faz se a distinção entre crimes com



pena máxima maior de quatro anos, pois nesse caso somente a autoridade judiciária poderá fixar a fiança.

O primeiro capítulo deste trabalho científico abordará a evolução do instituto da fiança no Código de Processo Penal e na Constituição Federal a partir da alteração da Lei nº 12.403/2011 que alterou artigos do Capítulo VI, “Da Liberdade Provisória, Com ou sem Fiança”. Objetiva-se analisar a disciplina dos crimes inafiançáveis na Constituição Federal e na legislação ordinária e se a alteração permite a liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis.

O segundo capítulo fará uma análise sobre o entendimento jurisprudencial quanto à possibilidade ou não da liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis e sua relação com a Constituição Federal e legislação ordinária. O capítulo tratará da alteração do entendimento jurídico das cortes superiores, inicialmente contrário e posteriormente favorável a liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis com base na legislação pertinente e casos concretos.

O terceiro capítulo e último capítulo fará estudo de caso com base em dois habeas corpus do STF no qual se adotam posicionamentos diferentes quanto à possibilidade da concessão ou não de liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis. São eles: HC nº 112.640/SP de relatoria do Ministro Dias Toffoli de 07/08/2012 e HC 93.302/SP de relatoria da Ministra Carmen Lúcia de 25/03/2008. Ambos utilizando fundamentos legais e constitucionais para fundamentar o seu posicionamento.

Quanto à metodologia, será realizada uma análise jurídica quanto à legislação em vigor e uma análise jurisprudencial abordando os diferentes posicionamentos já adotados pelos tribunais superiores. Será realizado um levantamento jurisprudencial dos habeas corpus julgados pelo Supremo Tribunal Federal quanto a concessão ou não de liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis.

Assim sendo, a abordagem será qualitativa e quantitativa do objeto proposto. O presente trabalho científico pretende se valer da análise do instituto da fiança no ordenamento jurídico com o apoio da doutrina. Também analisará a jurisprudência dos tribunais superiores com foco nos habeas corpus julgados pelo Supremo Tribunal Federal

1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA FIANÇA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Lei nº 12.403/2011¹ alterou diversos institutos do Título IX, “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória” do Código de Processo Penal. Dentre eles, alterou-se o instituto da fiança com a inclusão de nova redação a diversos artigos do Capítulo VI, “Da Liberdade Provisória, Com ou Sem Fiança”.

Não se trata da primeira vez que esse instituto foi alterado desde a edição do Código de Processo Penal, a Lei nº 6.416/77² também incluiu nova redação aos artigos que tratam da fiança. Para fins metodológicos e da extensão do tema, destaca-se a alteração dos artigos 321, 322 e do CPP:

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).³

A fiança historicamente funcionou como forma de garantir o juízo, impedindo que o réu se furte à prestação jurisdicional. Caso o faça, não poderá reaver os valores pagos a título de fiança em eventual absolvição. Nesse sentido de garantir o juízo, antes da reforma da Lei nº 12.403/2011⁴, a lei processual penal permitia que o réu permanecesse preso caso não garantisse o juízo por meio do pagamento de fiança.

Conforme é possível analisar da leitura dos artigos, a alteração da Lei nº 12.403/2011⁵ visou a mudar a compreensão sobre o instituto. Na redação atual, ao receber a notícia da prisão, o juiz deverá decidir pela presença ou não dos requisitos da prisão preventiva previstos nos

¹ BRASIL, *Lei nº 12.403*, 04 de maio de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm >. Acesso em 03 out. 2018.

² BRASIL, *Lei nº 6.416*, de 24 de maio de 1977. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6416.htm > Acesso em 29 nov. 2018

³ BRASIL, *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm >. Acesso em: 03 out. 2018

⁴ BRASIL, op. cit. nota 1.

⁵ Ibid.



artigos 312 e 313 do CPP⁶. Caso não estejam presentes os requisitos, o juiz poderá fixar medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP⁷.

Pela clara leitura do art. 321, o CPP⁸ passou a não mais permitir a prisão pela ausência de pagamento de fiança devendo o juiz se manifestar pela liberdade provisória com ou sem medida cautelar ou manutenção da prisão preventiva. Também se destaca, conforme nova redação do art. 322 do CPP⁹, o juiz somente arbitrará fiança nas hipóteses em que a infração penal seja superior a 4 anos, cabendo à autoridade policial arbitrar a fiança nas demais hipóteses.

Anteriormente, pela redação conferida pela Lei nº 6.416/77¹⁰, a autoridade policial somente poderia conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples em flagrante, devendo os demais casos serem encaminhados para o juiz competente. Assim sendo foram ampliadas as situações que permitem o arbitramento da fiança pela autoridade policial.

Para o presente trabalho, destaca-se os crimes cujas penas são superiores a 4 anos, uma vez que somente o juiz poderá arbitrar a sua fiança. Todavia pela própria disposição do art. 321¹¹, ao receber a notícia de prisão, o juiz deverá se manifestar quanto à concessão da liberdade provisória com ou sem medidas cautelares ou sobre a manutenção da prisão com a sua conversão em prisão preventiva.

Dessa forma, percebe-se que a fiança, como uma das medidas cautelares diversas a prisão, perde a sua função inicial e passa a ser uma das opções de medidas cautelares previstas no art. 319¹². Feito esse destaque, percebe-se que a intenção do legislador ordinário e do constituinte originário de punir com maior vigor os crimes considerados inafiançáveis perde-se. Uma vez que o juiz deve se manifestar pela liberdade provisória ou não, tais crimes perdem uma das hipóteses de concessão de medida cautelar restringindo a atuação do magistrado ao impedir a sua imposição.

Assim será feita ao longo dos próximos capítulos análise de como a jurisprudência tem se manifestado quanto a inafiançabilidade dos crimes hediondos. Busca-se analisar se a opção do legislador em não permitir a fiança de crimes hediondos evita a liberdade provisória ou se

⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹² Ibid.



somente limita a atuação do magistrado quanto a concessão de medida cautelar diversa da prisão.

2 – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL QUANTO À LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS

Os crimes inafiançáveis estão previstos no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV da CRFB/88¹³ e art. 324 do CPP¹⁴. São eles o racismo, os crimes hediondos, o tráfico de drogas, terrorismo, tortura e ação de grupos armados, civis ou militares e contra a ordem constitucional do Estado Democrático.

Conforme previsto no art. 310, III do CPP¹⁵, no caso de prisão em flagrante, o juiz decidirá pela possibilidade de concessão da liberdade provisória com ou sem fiança. Diante da impossibilidade da concessão da liberdade provisória com fiança nos crimes inafiançáveis, discute-se qual a função da vedação e se é possível a concessão de liberdade provisória aos crimes inafiançáveis, mesmo que sem fiança.

Inicialmente houveram diversos julgados dos tribunais superiores proibindo a concessão de liberdade provisória aos crimes inafiançáveis. Nesse sentido, o STF decidiu no HC nº 93.302/SP¹⁶, HC nº 97.463/MG¹⁷ e HC nº 97.883/MG¹⁸ que a vedação da liberdade provisória em relação a crimes hediondos e equiparados estabelece, no caso de prisão cautelar, a necessidade presumida iuris et de iure, na hipótese de prisão de flagrante delito. Nesse sentido segue parte da ementa do HC nº 93.302/SP¹⁹:

[...] 2. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. [...]

¹³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 19 set. 2018

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC nº 93.302/SP*. Relatora: Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525895>> Acesso em: 17 out. 2018.

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.463/MG*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605914>> Acesso em: 17 out. 2018.

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.883/MG*. Relatora: Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600759>> Acesso em: 17 out. 2018.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.



O STJ também proferiu em julgados semelhantes o mesmo entendimento que não é possível a concessão de liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis nos HC 93.591/MS²⁰, HC 85.682/RO²¹, HC 124.535/MG²². Um dos fundamentos era a expressa previsão do art. 44 da Lei nº 11.343/06²³ que veda a liberdade provisória:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Apesar dos julgados, a CRFB/88²⁴, ao elencar que certos crimes são inafiançáveis, não vedou expressamente a concessão da liberdade provisória a esses crimes. Quando a CRFB/88²⁵ afirma que aqueles crimes são inafiançáveis, busca-se apenas limitar as medidas cautelares permitidas quando da concessão da liberdade provisória se não estiverem presentes os elementos que justifiquem a prisão preventiva disciplinada no art. 312 do CPP.

A despeito do apelo social, a concessão de liberdade provisória sem fiança com a decretação ou não de medida cautelar, não equivale a liberdade. A liberdade é provisória, pois é condicionada ao desfecho do processo e possivelmente a medida cautelar. Logo, é possível que seja aplicada outra medida cautelar diversa da fiança. O constituinte originário e o legislador visavam apenas impedir que fosse concedida a liberdade provisória com o mero pagamento de fiança. Nesse sentido, afirma Renato Brasileiro²⁶:

Na verdade, admite-se a análise da imprescindibilidade da manutenção da prisão cautelar do indivíduo, devendo o juiz apontar de maneira fundamentada a hipótese do art. 312 do CPP que justifica sua segregação, ou, caso contrário, que seja concedida ao preso a liberdade provisória sem fiança, cumulada, se for o caso, com as medidas cautelares diversas da prisão.

Em razão disso, o STF mudou o entendimento e passou a compreender que a vedação a concessão de fiança não impede a liberdade provisória, inclusive nos casos do art. 44 da lei nº 11.343/06²⁷ que veda a liberdade provisória. A concessão de liberdade provisória sem fiança

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 93.591/MS*. Relator: Hamilton Carvalhido. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3717994&num_registro=200702563301&data=20080804&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 17 out. 2018.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 85.682/RO*. Relator: Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3580311&num_registro=200701469043&data=20080218&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 17 out. 2018

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 124.535/MG*. Relatora: Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4861088&num_registro=200802826804&data=20090413&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 17 out. 2018

²³ BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 19 set. 2018

²⁴ BRASIL, op. cit. nota 13.

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. 5ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1083.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 23.



deve ser considerada válida, devendo o magistrado analisar a necessidade de fixação de medida cautelar diversa ao caso.

O STF decidiu nesse sentido no HC n° 101.505/SC²⁸, HC n° 96.041/SP²⁹, HC n° 94.916/RS³⁰, dentre outros. Neste último, o STF admitiu a concessão de liberdade provisória à cidadã presa em flagrante com pequena quantidade de maconha quando visitava o marido na penitenciária. Assim se entendeu pois se tratava de acusada primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, acometida de doença contagiosa (AIDS), sendo dela economicamente dependente a filha.³¹

Embora em regra caiba somente ao juiz conceder medida cautelar diversa da prisão, o CPP prevê no seu art. 322³², de forma excepcional que a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Dessa forma, a vedação da concessão da liberdade provisória com fiança impede que a autoridade policial possa arbitrar fiança e o preso em flagrante ver-se solto para crimes como o do art. 5° e 8° da Lei n° 7716/89³³ que trata dos crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor:

Art. 5° - Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art 8° - Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público.

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Assim sendo, a vedação a concessão de liberdade provisória com fiança nos crimes inafiançáveis não impede a concessão de liberdade provisória sem fiança e também não se limita a impedir uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP³⁴. O magistrado poderá decidir pelo condicionamento da liberdade provisória a alguma das medidas cautelares

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 101.505/SC*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607703>> Acesso em: 17 out. 2018

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 96.041/SP*. Relatora: Ministra: Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610047>> Acesso em: 17 out. 2018

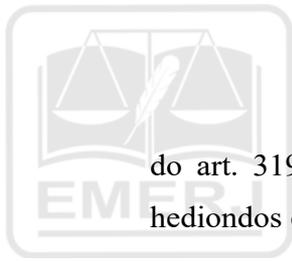
³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 94.916/RS*. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610047>> Acesso em: 17 out. 2018

³¹BRASIL, op. cit. nota 26..

³² BRASIL, op. cit. nota 3.

³³BRASIL. *Lei n° 7716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm> Acesso em: 03 set. 2018.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.



do art. 319 do CPP³⁵ e a autoridade policial ficará vedada a conceder fiança nos crimes hediondos com pena máxima inferior a 4 (quatro) anos.

3 – ESTUDO DE CASO, HC nº 112.640/SP e HC nº 93.302/SP DO STF:

Conforme previsão constitucional no art. 5º, LXVIII,³⁶ será possível a concessão de habeas corpus sempre que alguém sofrer violência ou coação em liberdade de locomoção. Além disso, o Supremo Tribunal Federal entende ser possível a sua impetração perante a corte superior para a defesa do direito constitucional à liberdade.

Diante disso e da competência para resolver as violações a constituição prevista em diversos artigos da CRFB/88 como, art. 102, I, a); art. 102, III, b e art. 102, § 2º³⁷, o STF se pronunciou em diversos julgados sobre o tema tratado no presente trabalho. Feita a pesquisa jurisprudencial com os termos “liberdade provisória sem fiança crime hediondo” foram encontrados habeas corpus como o HC nº 112.640/SP³⁸, HC nº 110.884/RS³⁹, HC nº 109.236/SP⁴⁰, HC nº 111.166/MT⁴¹, HC nº 108.802/MG⁴², HC nº 106.963/MG⁴³, etc.

Ao total foram encontrados 37 acórdãos tratando do tema. Para fins didáticos opta-se por analisar o HC nº 93.302/SP⁴⁴ e HC nº 112.640/SP⁴⁵, o primeiro de relatoria da Ministra Carmen Lúcia e o segundo de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que são abordados diferentes posicionamentos sobre o tema.

³⁵ Ibid.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 13.

³⁷ Ibid.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 112640/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751528>> Acesso em: 19 set. 2018.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 110844/RS*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193139>> Acesso em: 19 set. 2018.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 109236/MG*. Relatora: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1733289>> Acesso em: 19 set. 2018

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 111166/MT*. Relatora: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1909844>> Acesso em: 19 set. 2018.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 108802/MG*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193133>> Acesso em: 19 set. 2018.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 106963/MG*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1507172> Acesso em 19 set. 2018.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 16.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 38.



No HC nº 93.302/SP de 25/03/2008, o Supremo Tribunal Federal, por meio da relatora Cármen Lúcia, adotava o posicionamento anterior da vedação de concessão da liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis⁴⁶:

[...] 2. a proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII. (...) 5. Licitude da decisão proferida com fundamento no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, e no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão da liberdade provisória. Ordem denegada.

Nesse HC, argumentou-se pela constitucionalidade da Lei nº 11.464/07⁴⁷, que suprimiu a expressão “e liberdade provisória” do art. 2º, II, da Lei nº 8072/90⁴⁸. Apesar da supressão, afirma a Relatora que não houve violação da CRFB/88, pois a proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos decorre da vedação da fiança e não da expressão suprimida.

Afirma também a relatora que o Art. 5º, LXVI da CRFB/88⁴⁹ foi bastante incisivo ao dispor que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei permitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. É possível compreender que a legislação ordinária pode não admitir a liberdade provisória em algumas situações desde que sejam observados padrões mínimos de razoabilidade.

Logo, mesmo com a supressão, entendeu-se que permanecia a vedação a liberdade provisória aos crimes hediondos. Até porque, no caso, aplicou-se a vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06. Ressalte-se que nesse caso o Réu tinha bons antecedentes, aplicou-se o art. 33 § 4º da Lei nº 11.343/06 e o Réu foi condenado a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão.

No HC nº 112.640/SP de 07/08/2012, o Supremo Tribunal Federal, após a alteração legislativa, por meio do relator Dias Toffoli, adotou o novo posicionamento pela possibilidade da concessão da liberdade provisória sem fiança aos crimes inafiançáveis⁵⁰:

[...] 2. a inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida constitucionalmente, não significa óbice à liberdade provisória, considerado o conflito entre os incisos XLIII e LXVI [...], ambos do art. 5º da CF. [...] 5. Está sedimentado na Corte o entendimento de que a gravidade em abstrato do delito não basta para justificar, por si só, a privação cautelar da liberdade individual do agente. Precedentes. Ordem concedida. [...]

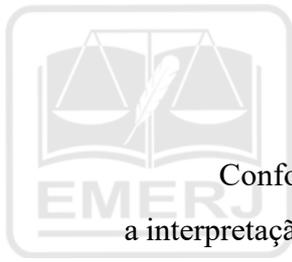
⁴⁶ BRASIL, op. cit. nota 16.

⁴⁷ BRASIL, Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm >. Acesso em 18 out. 2018

⁴⁸ BRASIL, Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm > Acesso em 29 nov. 2018

⁴⁹ BRASIL, op. cit. nota 13.

⁵⁰ BRASIL, op. cit. nota 38., p. 1 e 2.



Conforme é possível analisar nos julgados, houve uma mudança jurisprudencial quanto a interpretação das normas envolvendo a presunção de inocência e a inafiançabilidade de certos crimes previstos na Constituição⁵¹. Inicialmente, o STF entendia que a previsão constitucional de inafiançabilidade impedia a prisão provisória com ou sem fiança em razão da gravidade abstrata do delito e pela expressa vedação legal.

Posteriormente, a partir do HC nº 97.256/RS⁵², conforme indicado na ementa do HC nº 112.640/SP⁵³, houve a alteração jurisprudencial para que houvesse a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro conforme o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVI e LVII da CRFB/88⁵⁴. Para que haja a vedação a liberdade provisória sem fiança, é necessário que estejam previstos os requisitos que permitem a prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP⁵⁵.

No HC nº 112.640/SP⁵⁶, o Ministro Relator, Dias Toffoli explicita que o juízo não indicou, na forma do art. 312, os elementos concretos e individualizados aptos a demonstrar a necessidade de prisão cautelar pelo crime de tráfico. Não basta a gravidade abstrata do crime para que seja determinada a prisão cautelar. A vedação à concessão de fiança não impede a liberdade provisória.

O relator também afirma que a disposição do art. 44 da Lei nº 11.343/2006⁵⁷ retira do juiz a oportunidade de no caso concreto analisar os pressupostos de necessidade da custódia cautelar. A liberdade provisória deve ser aferida conforme a sua pertinência e de acordo com a subjetividade do agente, de acordo com o art. 310 do CPP⁵⁸ e do art. 5º, LXVI da CRFB/88⁵⁹.

Destaca-se que, no caso do HC nº 112.640/SP⁶⁰, o Réu havia sido condenado à pena 2(dois) anos e 6(seis) meses de reclusão, mais multa em regime inicial fechado por incursão do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006⁶¹. O Juízo fundamentou pela prisão cautelar, não sendo possível recorrer em liberdade, pelo fato do crime ser de natureza hedionda e visando à prevenção e repressão do crime cometido.

⁵¹ BRASIL, op. cit. nota 13.

⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.256/RS*. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?is=617879> Acesso em: 19 set. 2018

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 38

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 13

⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 38.

⁵⁷ BRASIL, op. cit., nota 23

⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 13.

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 38.

⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 23.



Assim se entendeu, em razão das circunstâncias judiciais favoráveis, pela aplicação do art. 33 § 4º da Lei nº 11.343/06⁶² e conclusão de que a conduta delituosa não constitui atividade habitual do paciente. Nesse caso a fundamentação pela prisão cautelar se deu exclusivamente com base na gravidade abstrata do crime, não houve qualquer menção desabonadora às condições pessoais do agente além da prática do crime. Razão pela qual o Relator compreendeu que se tratava de hipótese de concessão da liberdade provisória sem fiança.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, percebe-se que as alterações realizadas pela Lei nº 12.403/2011 que mudou o instituto da fiança no capítulo VI, “Da Liberdade Provisória, Com ou Sem Fiança” do Código de Processo Penal não equivale à liberdade nos casos de concessão de liberdade provisória sem fiança. A liberdade provisória é condicionada ao desfecho do processo e possivelmente a medida cautelar. É possível que seja aplicada outras medidas cautelares diversas da fiança previstos no art. 319 do CPP.

Pela clara leitura do art. 321, o CPP passou a não mais permitir a prisão pela ausência de pagamento de fiança, devendo o juiz se manifestar pela liberdade provisória com ou sem medida cautelar ou manutenção da prisão preventiva. Também se destaca, conforme nova redação do art. 322 do CPP, o juiz somente arbitrará fiança nas hipóteses em que a infração penal seja superior a 4 anos, cabendo à autoridade policial arbitrar a fiança nas demais hipóteses.

O constituinte originário e o legislador visavam a apenas impedir que fosse concedida a liberdade provisória com o mero pagamento de fiança. Em razão disso, houve a mudança do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal para passar a compreender que a vedação a concessão de fiança não impede a liberdade provisória, inclusive nos casos do art. 44 da Lei nº 11.343/06 que veda a liberdade provisória.

Nesse sentido o STF decidiu no HC nº 101.505/SC, HC nº 97.579/MT, HC nº 96.041/SP, dentre outros. Para fins didáticos foram analisados dos 37 acórdãos encontrados na pesquisa o HC nº 93.302/SP de 25/03/2008, no qual o STF, por meio da relatora Carmén Lúcia adotou o posicionamento anterior da vedação de concessão da liberdade provisória sem fiança nos crimes

⁶² Ibid.



inafiançáveis e o HC nº 112.640/SP no qual o STF adotou o novo posicionamento pela possibilidade da concessão da liberdade provisória sem fiança aos crimes inafiançáveis.

Conforme foi possível analisar dos julgados, quanto à interpretação das normas envolvendo a presunção de inocência e a inafiançabilidade de certos crimes previstos na Constituição. Inicialmente, o STF entendia que a previsão constitucional de inafiançabilidade impedia a prisão provisória com ou sem fiança em razão da gravidade abstrata do delito e pela expressa vedação legal.

Posteriormente, a partir do HC nº 97.256/RS, conforme indicado na ementa do HC nº 112.640/SP⁶³, houve a alteração jurisprudencial para que houvesse a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro conforme o princípio da presunção de inocência. Para que haja a vedação a liberdade provisória sem fiança, é necessário que estejam previstos os requisitos que permitem a prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP.

A fiança historicamente funcionou como forma de garantir o juízo, impedindo que o réu se furte à prestação jurisdicional. Caso o faça, não poderá reaver os valores pagos a título de fiança em eventual absolvição. Nesse sentido, antes da reforma da Lei nº 12.403/2011 a lei processual penal permitia que o réu permanecesse preso caso não garantisse o juízo por meio do pagamento de fiança.

Por todo o exposto é de se considerar que a alteração veio com o objetivo de proteger a sociedade e não facilitar a prática de crimes inafiançáveis, ao mesmo tempo em que há a garantia de direitos individuais. Deve o magistrado analisar no caso concreto se estão presentes os requisitos que permitem a prisão cautelar ou se deve ser concedida a liberdade provisória sem fiança.

Deve-se analisar os aspectos subjetivos do caso e do agente para verificar se é possível que o Réu responda em liberdade. Caso opte por conceder a liberdade provisória, o magistrado poderá determinar a aplicação de outras medidas provisórias para evitar a fuga do Réu. Nos casos analisados, a jurisprudência tendeu a conferir a liberdade provisória sem fiança para os crimes inafiançáveis em que o agente apresenta bons antecedentes, não é reincidente e houve menor lesão do bem jurídico protegido pela norma penal.

No momento atual com a legislação em vigor não é possível presumir a prisão cautelar com base somente na inafiançabilidade do crime. É possível que a posição quanto ao tema seja revista tanto na jurisprudência quanto na produção legislativa.

⁶³ BRASIL, op. cit. nota 38.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2018

_____. Lei nº 7716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm> Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 19 set. 2018

_____. Lei nº 12.403/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em 03 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.256/RS*. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 03 out. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 101.505/SC*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607703>> Acesso em: 17 out. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.579/MT*. Relatora: Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611020>> Acesso em: 03 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 96.041/SP*. Relatora Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610047>> Acesso em: 03 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 93.302/SP*. Relatora: Carmén Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525895>> Acesso em: 19 set. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 112630/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751528>> Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.463/MG*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605914>> Acesso em: 17 out. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.883/MG*. Relatora: Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600759>> Acesso em: 17 out. 2018.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 93.591/MS*. Relator: Hamilton Carvalhido. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3717994&num_registro=200702563301&data=20080804&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 17 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 85.682/RO*. Relator: Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3580311&num_registro=200701469043&data=20080218&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 17 out. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 124.535/MG*. Relatora: Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4861088&num_registro=200802826804&data=20090413&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 17 out. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 94.916/RS*. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610047>> Acesso em: 17 out. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 112630/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751528>> Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 110844/RS*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193139>> Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 109236/MG*. Relatora: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1733289>> Acesso em: 19 set. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 111166/MT*. Relatora: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1909844>> Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 108802/MG*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193133>> Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 106963/MG*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1507172> Acesso em 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 97.256/RS*. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?is=617879> Acesso em: 19 set. 2018.

BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018



A FORÇA VINCULATIVA DA PUBLICIDADE E DA OFERTA NA VENDA DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS

Flávia das Dores de Mello
Graduada pela Universidade Candido Mendes

Resumo - O artigo tem por intuito abordar a responsabilidade civil das construtoras no descumprimento aos termos da oferta. Uma vez que é sobre esse conjunto de informações que o consumidor constrói as suas legítimas expectativas. A moradia e a propriedade gozam de proteção constitucional e a inexecução da obrigação da construtora impede, de forma plena, o acesso a um bem jurídico protegido constitucionalmente que é a moradia. Tal prática acaba por interferir na seara psicológica dos adquirentes causando-lhes um forte sentimento de frustração e indignação. Desta forma, a pesquisa tem por escopo: demonstrar a responsabilidade do construtor e do incorporador; apresentar os aspectos relacionados a boa-fé objetiva como pedra angular que deve nortear todas as relações contratuais; apontar as alternativas postas à disposição do consumidor para que ele possa constranger as construtoras a cumprirem com a obrigação veiculada; apresentar a insubsistência dessas alternativas, apontando como solução a inversão da cláusula penal nos contrato de adesão, a fim de estabelecer uma penalidade contratual para a impontualidade por parte do fornecedor simetricamente as penalidades impostas ao consumidor.

Palavras-chave - Direito do Consumidor. Inadimplemento Contratual. Responsabilidade Civil.

Sumário - Introdução. 1. Da responsabilidade das construtoras e incorporadoras; 2. Da compatibilização das práticas comerciais com os direitos dos consumidores 3. Da proibição de recusa do cumprimento da oferta - alternativas do consumidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por escopo discutir a relação de consumo no ramo do comércio imobiliário, abordando os meios abusivos e enganosos de publicidade e oferta veiculados pelas construtoras e incorporadoras, especificamente no que tange a apresentação dos apartamentos modelos denominados decorados.

Como é cediço, o apartamento decorado tem por função precípua servir de paradigma às demais unidades imobiliárias, isto é, serve de referência de como serão as futuras unidades adquiridas pelo adquirentes-compradores, no que se refere aos materiais empregados na construção do empreendimento, tais como piso, revestimento, pintura dentre outros itens.

Sob este aspecto, no entanto, o entendimento doutrinário e jurisprudencial não se apresenta pacífico, a saber: de um lado, há quem defenda que o decorado consiste em uma mera apresentação do apartamento, a qual não tem o condão de vincular o fornecedor. A amostragem



do decorado seria assim apenas uma sugestão de decoração. De outro lado, uma segunda corrente mais abalizada, sustenta que o fornecedor, ao menos no que tange as partes componentes da unidade padrão, estaria vinculado. De modo que, os itens de acabamento que não fizessem parte da obra deveria estar devidamente sinalizados com placas informando tratar-se de material meramente ilustrativo.

Ante a tal celeuma, não tem sido poucos os casos em que os fornecedores, ávidos por lucros, apresentam o apartamento padrão, se comprometendo, frente ao cliente, a utilizar do mesmo material de acabamento. No entanto, no ato de entrega das chaves o consumidor é negativamente surpreendido com objetos diversos e de qualidade inferior ao pactuado.

Em prol desse cenário, busca esse trabalho apresentar medidas que possam reduzir as disparidades entre os contratantes, e servir como forma evitar a obtenção de bom êxito financeiro em detrimento do consumidor, de modo a tornar a relação contratual mais equitativa e justa o possível.

Assim, no primeiro capítulo serão apresentados aspectos relacionados da compatibilização das práticas comerciais com os direitos dos consumidores. e abordados os mais importantes princípios de direito que norteiam a relação contratual: o princípio da boa-fé objetiva e os seus deveres anexos, o princípio do dever de prestar informações claras e precisas e o princípio do *pacta sunt servanda* que devem reger as relações contratuais.

No segundo capítulo, será analisada a responsabilidade objetiva das fornecedoras de produtos em razão do descumprimento da obrigação, caracterizada pela mora, mas não pela inexecução integral do pactuado, e sim pela pelo não cumprimento da entrega do bem com as características inicialmente prometidas, e ainda, as causas excludentes dessa responsabilidade.

E, por fim, serão analisadas neste capítulo as alternativas postas à disposição do consumidor para que ele possa compelir a fornecedora a cumprir com a obrigação assumida, de modo a afastar a recusa injustificada do cumprimento da pretensão. E, ainda, serão abordados a insuficiência dessas alternativas legais, as quais trazem como efeito, a reiteração de conduta por parte das contratadas.

Para a realização do presente trabalho será realizada pesquisa qualitativa, uma vez que se pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em análise – legislação e doutrina – com escopo de apresentar as questões fáticas e jurídicas pertinentes ao tema à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

1. DA COMPATIBILIZAÇÃO DAS PRÁTICAS COMERCIAIS COM OS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

Para fomentar a comercialização dos produtos e serviços destinados aos consumidores, as construtoras têm se valido de práticas comerciais que abrangem técnicas e métodos que não se compatibilizam com as funções contratuais e com os princípios da boa-fé objetiva, os quais devem nortear toda e qualquer relação contratual. Em um país capitalista, tais práticas acabam por alimentar a sociedade de consumo, sendo de suma importância para a manutenção do modelo econômico adotado pelo Estado.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor procurou inserir regulamentação nesta área, reconhecendo a sua importância na sociedade de consumo. De tal modo que, tornou-se imprescindível a atuação estatal nestas relações visando compatibilizar o direito do fornecedor em atingir um mercado-alvo com o escopo de obter lucro com a defesa do consumidor, consoante art. 4º da Constituição Federal¹ de 1988:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores (...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor.

O ordenamento jurídico pátrio erigiu como pedra angular das relações contratuais o princípio da boa-fé objetiva, o qual encontra-se estampado nos artigos 4º, III, e 51, IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor² e artigos 113 e 422 do Código Civil de 2002³.

Ensina Adalberto Pasqualotto⁴ que:

do ponto de vista objetivo, a boa-fé assume a feição de uma regra ética de conduta. É a chamada boa-fé lealdade. É a *Treu uns Glauben* do direito alemão. Segundo Larenz, cada um deve guardar fidelidade à palavra dada e não defraudar a confiança ou abusar da confiança alheia.

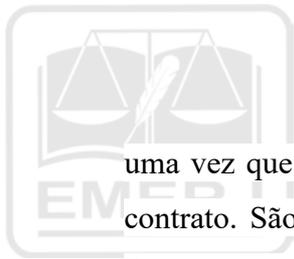
O princípio em análise será analisado apenas em sua função ativa. Por função ativa entende-se na existência de deveres que não nascem do acordo de vontade, pois dela independe,

¹ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 set. 2018.

² Idem, *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 5 set. 2018.

³ Idem, *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4.591.htm. Acesso em: 5 set. 2018.

⁴ PASQUALOTTO, *apud* SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil - Contratos*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 14.



uma vez que são decorrentes da boa-fé e, por isso, não necessitam de previsão expressa em contrato. São deveres que objetivam proteger ambas as partes contratantes contra riscos de danos pessoais ou patrimoniais. São eles: dever de segurança, dever de lealdade, dever de proteção e dever de informação.

Esse último, dever de informação, é traço característico da lealdade contratual. E deve ser observado ainda que a comunicação possa prejudicar o contratante que detém a informação. De modo que, “também é corolário da boa-fé objetiva que as expectativas geradas pela atitude de um dos contratantes, mesmo contrariando texto expresso de contrato, geram efeitos jurídicos.”⁵

Neste diapasão, e por consectário lógico, é que o legislador conferiu à oferta força vinculativa, consoante preleciona o artigo 30 do CDC⁶, a oferta como toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer meio, obriga o proponente que a fizer veicular ou dela se utilize e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Entretanto, em que pese o esforço do legislador, esta regra de direito nem sempre tem sido observada pelos aplicadores do direito nos litígios que envolvem relações de comercialização de imóveis, em especial nos imóveis vendidos na planta. Nesse tipo de compra o consumidor tem como referências do bem a ser adquirido: o memorial descrito dos materiais e o apartamento modelo, paradigma das demais unidades.

É sobre esse conjunto de informações que o consumidor constrói as suas legítimas expectativas. As quais, uma vez frustradas deve gerar para o contratante imponente o dever de reparar o dano. Contudo, não sempre o consumidor consegue ver reconhecido o seu direito.

Podemos exemplificar a questão, com um processo – que tramitou no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁷ - de uma famosa construtora de imóveis que apresentou o apartamento decorado com o piso modelo porcelanato do tipo polido e no memorial descrito fez constar apenas o modelo de piso porcelanato, silenciando quanto ao seu tipo. No que infligiu a Lei nº 4.561/64⁸ que determina que todos os itens do memorial sejam descritos de forma minuciosa sem omissões.

Ocorre que no ato de entrega, a construtora entregou as unidades com piso diverso do pactuado quando da amostragem do decorado. A empresa foi acionada por diversos

⁵ PASQUALOTTO, op. cit., p. 15.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷ Idem, Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. *Processo n. 18882-56.2015.8.19.0203*. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br.htm>. Acesso em: 5 set. 2018.

⁸ Idem, *Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4591.htm. Acesso em: 20 abr. 2018.

compradores pleiteando a substituição do revestimento e, alternativamente, indenização em valor equivalente. Em defesa, a fornecedora alegou que o apartamento modelo não serviria de paradigma para os demais e sem quebra de expectativa não havia falar em dever de indenizar. O que foi acolhida em alguns julgados.

De sorte que este não foi o entendimento que predominou nesses processos, pois, acentuadamente, reconheceu-se que o fornecedor, quando da divulgação de oferta atinente aos produtos ou serviços que comercializa, deve agir com prudência, de modo a clarificar para o consumidor em que condições reais o negócio realizar-se-á.

Nesse sentido são as lições do ilustre autor Carlos Roberto Gonçalves⁹:

A oferta deve ser clara, (...) e de fácil entendimento. Se uma empresa construtora, *verbo gratia*, menciona na propaganda das unidades habitacionais à venda que estas são dotadas de determinado acabamento (azulejos, materiais e **pisos** de determinada marca ou qualidade, p. ex.), tais informações erigem-se à condição de verdadeiras cláusulas contratuais. (...) A proposta aberta ao público, por meio de exibição de mercadorias em vitrinas, catálogos, anúncios nos diversos meios de divulgação etc. vincula o ofertante.

E, no mesmo sentido, preleciona Rizzatto Nunes que, a oferta “(...) obriga o fornecer que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”¹⁰

Desta forma, ao se redigir um contrato lacunoso o fornecedor deixa de atentar aos termos da oferta em nítido detrimento ao patrimônio material dos consumidores e ao seu direito à informação clara, precisa, sem omissão. Contrariando as disposições dos artigo 6º, III, e 31, ambos do CDC.

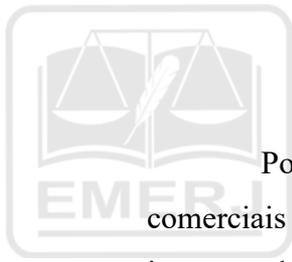
Saliente-se, ainda, que ao redigirem dolosamente um contrato omisso praticaram publicidade enganosa e atentaram igualmente contra a Política Nacional (art. 4º, inciso I, da CRFB/88) das Relações de Consumo por se valerem da vulnerabilidade dos consumidores que, em regra, não detêm a capacidade técnica de questionar a omissão.

Conforme apontado por Carlos Alberto Bittar¹¹: (...) investidas ilícitas ou antijurídicas ou circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranqüilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido.”

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Esquemático*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 722/723.

¹⁰ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 389.

¹¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1993, p. 15-16.



Por derradeiro, uma das formas que melhor tem se compatibilizado as práticas comerciais com os direitos dos consumidores é a de que as normas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favoráveis ao consumidor.

2. DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS FORNECEDORES DE PRODUTOS

É comezinha lição de direito que as obrigações estipuladas devem ser adimplidas na forma, no lugar e no tempo estabelecidos (CC/02, art. 394). De maneira que as partes obrigam-se, entre si, garantindo o adimplemento por meio de seu patrimônio, sendo o inadimplemento de uma obrigação, portanto, gerador de consequências patrimoniais. É o que se extrai dos seguintes artigos do Código Civil¹², *in verbis*:

Art. 389: Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 395: O devedor em mora responde pelos prejuízos a que sua mora der causa: pagará a prestação, as perdas e danos, os juros decorrentes da mora, a atualização dos valores monetários e os honorários advocatícios.

Art. 404: As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Especificamente nas relações de compra e venda de unidades habitacionais a responsabilização das construtoras pode advir do inadimplemento absoluto ou mesmo pela mora injustificada da execução da obra. Esta, no entanto, pode ser caracterizada pelo atraso na conclusão ou, porque, ainda que concluso o empreendimento, este não apresenta as características ajustadas em contrato (verbal ou escrito).

E esta justamente última parte é a que interessa à presente pesquisa.

É que havendo estipulação prévia no contrato com data de entrega do imóvel nasce para o consumidor a legítima expectativa de que a obrigação pactuada ser dará no prazo avençado e da forma ajustada. Mas quando o bem é entregue destoando do que fora pactuado, há mora. Não se pode dizer que a obrigação foi cumprida. Logo, nasce para o consumidor o direito de ser ressarcido por eventuais danos sofridos.

De forma que não resta menos evidente que, uma vez não alcançado o termo final para a entrega da unidade, e isto ocorrendo pelo fato de as fornecedoras não terem conseguido

¹² BRASIL, op cit., nota 3.



concluir a obra, com as características inicialmente prometidas, várias consequências devem surgir, dentre elas: a obrigação de suportar os prejuízos de sua mora.

Com efeito, a disciplina de sua responsabilidade civil nas relações de consumo encontra-se regulamentada nos arts. 12 a 17 do CDC¹³, que tratam da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, e nos arts. 18 a 25¹⁴ que tratam da responsabilidade por vícios do produto e do serviço.

Por sua vez, no que concerne ao incorporador de imóveis sua responsabilização civil pelo atraso na construção da obra, além de prevista no CDC, encontra-se delineada no art. 43, II, da Lei nº .591/64¹⁵, *in verbis*:

Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

(...)

II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa. (sem grifo no original).

Dos dispositivos alhures deduz-se que a responsabilidade do construtor e incorporador é solidária e objetiva, baseada no risco da atividade devendo, por isso, indenizar a lesão causada ao consumidor, independentemente de culpa pela má prestação do serviço. Ao lesado caberia somente provar a conduta do fornecedor, o dano e o nexo causal entre ambos, para fazer jus ao ressarcimento

Entretanto, a responsabilidade objetiva do fornecedor não pode ser confundida com a responsabilidade objetiva integral ou absoluta, modalidade de responsabilidade que não admite causas excludentes da responsabilidade. Assim porque, há casos em que a responsabilidade civil do fornecedor pode ser afastada, nos casos de: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou força maior.

Desta forma, a incorporadora utiliza-se de imagens, folhetos, maquetes e modelos para conquistar o consumidor, fazendo-o acreditar que aquilo realmente representa o que ele vai adquirir, só possível desonerá-lo da obrigação nos casos taxativos de excludentes de responsabilidades, acima elencados.

13 Ibid.

14 Ibid.

15 Idem, op. cit., nota 8.



Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, o qual possui entendimento de que toda informação que é repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato.¹⁶

Portanto, se a fornecedora ao anunciar determinado imóvel a venda, deve ter o cuidado para que sua publicidade reflita exatamente aquilo que foi ofertado, observando aos princípios orientadores estampados do Código do Consumidor.

Assim sendo, o fornecedor de produtos ou serviços, obriga-se nos exatos termos da publicidade veiculada, só podendo desonerar-se por motivos de força maior, como por exemplo, nos casos em que o fabricante de um determinado modelo de revestimento deixe de fabricá-lo. Neste caso, poderá o fornecedor adquirir piso diverso, desde que observada a mesma qualidade e estética.

É defeso, assim, à construtora realizar alteração do projeto arquitetônico, estrutural ou estético, de forma unilateral, ainda que utilize material de melhor qualidade. Sendo a obrigação certa e determinada, o credor não poderá ser compelido a aceitar coisa melhor nem pior.

3. DA PROIBIÇÃO DE RECUSA DO CUMPRIMENTO DA OFERTA - ALTERNATIVAS DO CONSUMIDOR

Consoante preleciona o jurista Herman Benjamin¹⁷ a regra do Código é: “prometeu, cumpriu”. E, sob este aspecto surge o questionamento: e se o fornecedor recusar o cumprimento da sua oferta? Ou, se ainda, não tiver condições de cumprir o que prometeu?

Para responder a indagação, será analisado neste capítulo as alternativas postas à disposição do consumidor para que ele possa constranger o fornecedor a adimplir sua obrigação, de modo a rechaçar a injusta pretensão resistida. Ao final, abordaremos a insuficiência dessas alternativas, as quais trazem como efeito, a contumácia por parte dos fornecedores.

Em síntese, o consumidor, em caso de oferta desconforme com aquilo que o fornecedor efetivamente se propõe a entregar, tem a sua escolha três opções previstas no artigo 35 do CDC¹⁸: a) exigir o cumprimento forçado da obrigação; b) aceitar um outro bem de consumo,

¹⁶ Idem, Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1121275/SP*. Relator: Minsitra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21597980/recurso-especial-resp-1121275-sp-2009-0019668-6-stj/inteiro-teor-21597981>>. Acesso em: 20 de set. de 2018.

¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.



equivalente; c) rescindir o contrato firmado, cabendo-lhe ainda, a restituição do que já pagou, monetariamente atualizado, além de compensação por danos materiais e morais.

O sistema processual do CDC em seu artigo 84¹⁹ visando conferir efetividade ao direito material do consumidor firmou a regra que trata da execução específica da oferta não adimplida. Com efeito dispõe o *caput* do artigo, *in verbis*:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

No caso de recusa do cumprimento da oferta o consumidor poderá ainda se valer da concessão de medida liminar, com base no artigo 84. § 3º, do CDC. Isso porque, em algumas situações não valerá a pena para ele aguardar o provimento judicial final. Se encaixando, assim, o dispositivo como uma “luva” ao art. 35 do CDC²⁰: “Art. 35: (...) § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.”

Em reforço para tornar eficaz a medida coercitiva, o Magistrado poderá se valer da *astreinte*, que consiste em uma multa diária que tem por função superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer e também a obrigação de entregar determinada coisa, que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente, encontrando previsão legal do artigo 84, § 4º, do CDC²¹: “Art. 84 (...) § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.”

Entretanto, em que pese os meios, acima mencionados, entende-se que são eles suficientes. O ideal, especificamente nas relações que versem sobre venda de imóveis, seria conferir ao consumidor as mesmas garantias outorgadas ao fornecedor.

Para a obrigação principal do consumidor - pagamento do preço – as fornecedoras prevêm prazo certo e determinado para o seu cumprimento sujeitando aquele, em caso de mora, a juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, calculados *pro rata die*, e da multa moratória

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibidem.



fixada no teto legal (CDC, art.52, §1º) i.e., em 2% (dois por cento) do valor da obrigação em atraso, conforme, em regra, consta nos contratos padronizados de adesão.²²

Já em favor do consumidor, quase sempre, nos contratos de adesão não há quaisquer previsão de multa em caso de descumprimento da obrigação. E as *astreintes*, quando fixadas pelo juízo, são normalmente irrisórias. Prova disso é que o fornecedor prefere quedar-se inerte, deixando a multa “rolar”. Para ao depois, contar com a benevolência dos Magistrados, haja vista que quando a multa alcança um valor expressivo o fornecedor pleiteia em juízo a sua redução alegando a mais comum das defesas: enriquecimento ilícito, o qual é reconhecido e o *quantum debeat* reduzido.

Eis clara então a necessidade da inversão da cláusula penal, a fim de estabelecer uma penalidade contratual para a impontualidade por parte do fornecedor em correlação equânime com as penalidades impostas ao consumidor.

A ausência de previsão de multa moratória simétrica entre consumidor e fornecedor, vista de ótica paralela, também se contrapõe ao princípio do equilíbrio contratual, pois constitui cláusula implícita de exoneração de responsabilidade.

Ora, nada mais certo, do que o fato de que a obrigação deve realizar-se tempestiva e adequadamente, de modo que a sua inadequação caracteriza descumprimento da obrigação. Quando alguma das partes desatende a parte que lhe compete, há inadimplemento ainda que não chegue às raias do inadimplemento cabal.

Não pairam dúvidas, assim, de que o inadimplemento, ainda que parcial, caracteriza atraso na prestação. De modo que, não torna menos crível que devedor impontual deve ficar sujeito ao pagamento de penalidade que não tem caráter compensatório: a multa moratória que serve apenas como punição pelo retardamento injustificado de uma obrigação, sendo decorrência natural da prática de ato lesivo ao interesse ou direito de outrem.

Nesse sentido, as palavras de Caio Mário da Silva Pereira²³ para quem,

uma das circunstâncias que acompanham o pagamento é o tempo. A obrigação deve executar-se oportunamente. Quando alguma das partes desatende a este fator, falta ao obrigado ainda quando tal inadimplemento não chegue às raias do inadimplemento cabal. Há um atraso na prestação. Esta não se impossibilitou, mas o destempo só por si traduz uma falha daquele que nisso incorreu. A mora é este retardamento injustificado da parte de algum dos sujeitos da relação obrigacional no tocante à prestação.

²² CORNACCHIONI, Paulo Sérgio, *Ação Civil Pública*. Disponível em: <<http://www.docplayer.com.br/11793389-Acao-civil-publica-a-ser-processada-pelo-rito-ordinario-em-face-de-silverstone-empresendimentos-imobiliarios-spe-ltda-inscrita-no-cnpj-mf-sob-no.html>> Acesso em 28 set. 2018.

²³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 184

E, ainda, de acordo com Paulo Sérgio²⁴:

o mero reconhecimento de um direito é desvalido juridicamente se não fica assegurado o meio bastante para seu exercício ou a sanção bastante para o seu desrespeito de nada servindo ao consumidor ter um prazo fixado pelo fornecedor, se o desrespeito a esse prazo não resultar para o fornecedor faltoso em consequência efetiva e simétrica as sanções previstas para as faltas do consumidor.

A *ratio legis* do Código de Defesa do Consumidor é a de garantir a equidade de direitos e deveres entre as partes nas relações de consumo. E consoante aduz o ilustre doutrinador Rizzatto Nunes²⁵: “No caso, a equidade surge como corretivo ou impedimento das condições gerais iníquas ou que provoquem vantagem injusta ao predisponente em relação a qualquer aderente.”

Temos pois, que a não entrega de bem imóvel, por exemplo, com as características descritas em contrato, folders ou por amostra por meio de apartamento modelo montado pela construtora, caracteriza propaganda enganosa, podendo o adquirente, reivindicar além da multa moratória, danos morais ou pedir o abatimento do preço em razão do desacordo com o material publicitário.

No direito, um contrato sem um mínimo de sinalagma é abusivo, cruel, mormente nas relações de consumo em que o consumidor é infinitamente inferior. E, por isso, é que em toda relação de consumo há de observar, desde logo, o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”

E é fácil extrair do CDC a preocupação do legislador em impedir que os contratos sejam concebidos de modo desequilibrado e assimétrico. De maneira que previu expressamente, como regra de conduta e como decorrência óbvia de qualquer relação contratual, a cláusula geral da reciprocidade das sanções em casos de inadimplemento da obrigação por uma das partes contratantes por ser o contrato uma “via de mão dupla”.²⁶

Desta forma, para que exista simetria entre fornecedores e consumidores, de rigor então que se estabeleça, para a mora no cumprimento da obrigação de entrega de imóvel em conformidade ao pactuado, multa de 2% mais juros moratórios de 1% ao mês *pro rata die*, a partir de quando se caracterizou a mora.

²⁴ Idem, op. cit., nota 22.

²⁵ NUNES, op cit., p. 597.

²⁶ Idem, op. cit., nota 22.

Deve-se, pois, nas questões relacionadas à venda de imóveis, ter em mente que a mora, na entrega do bem não se caracteriza apenas com a sua não entrega, ou entrega fora do prazo, mas também quando o bem é entregue sem as qualidades técnicas veiculadas quando de sua oferta.

Desta forma, a conclusão que se chega é a de que toda obrigação, salvo em caso de ocorrência de interpérios, deve ser realizada do modo em que fora avençado, pois quando isso não ocorre há o descumprimento da obrigação e, por consectário, o dever de reparar eventuais danos.

É certo pois, que quando algum dos contratantes desatente a parte que lhe competia, incorrendo, assim, em inadimplemento, há uma quebra da legítima expectativa do consumidor.

Entretanto, as construtoras parecem ignorar a importância do produto que fornecem e o que ele representa para os seus consumidores, mas de outra parte exigem do consumidor que cumpra todas as suas obrigações em dia.

Não é nenhuma novidade o fato de que o adquirente de um imóvel na planta cria emoções e faz um planejamento, tudo isto com a esperança que o imóvel seja entregue em conformidade com o combinado; daí a razão pela qual a oferta não cumprida não caracteriza um mero aborrecimento, mas, sim, uma efetiva frustração e indignação.

O considerável número de demandas judiciais movidas em face as construtoras de imóveis, demonstram que as empresas, reiteradamente, vêm descumprindo a lei

Para evitar esse cenário lamentável, o ideal seria a inversão da cláusula moratória prevista nos contratos, em regra, de adesão, em desfavor das construtoras a fim de estabelecer uma penalidade contratual para a impontualidade em correlação equânime com as penalidades impostas à consumidora. O consumidor não pode ter que suportar graciosamente o distrato.

E, neste sentido está a disciplina jurídica dos contratos que têm como princípios orientadores das relações de consumo: a função social dos contratos (art. 421, CC), boa-fé objetiva (art.422, CC) e o equilíbrio contratual.

A inexistência em contrato de cláusula penal não deve afastar o direito dos consumidores buscarem fixação de multa em valor equivalente aquele que as fornecedoras estabeleceram para a hipótese de mora de seus clientes, sob pena de prevalecer a iniquidade do contrato expresso pela punição de mora prevalente apenas para um dos contratantes.

Cabe ao Poder Judiciário a intervenção no âmbito da relação contratual visando o reequilíbrio. Sendo assim, deve ser aplicada a mesma cláusula que impõe a penalidade para o



caso de inadimplemento do comprador à construtora, ou seja, as mesmas sanções contratuais, buscando a equidade e afastando o desequilíbrio do acordado pelas partes. Portanto, usando de analogia pode-se aplicar o mesmo dispositivo relativo à inadimplência aplicado ao comprador. Sendo assim, pode ser aplicada a multa por atraso na entrega do imóvel paralelamente aos lucros cessantes pela privação do seu uso ou fruição.

Não é outro o entendimento de que um contrato de adesão como o redigido, usualmente, em que as fornecedoras deixam a seu critério quais materiais vão empregar na obra e não prevê para elas nenhum tipo de penalidade, mas apenas para o adquirente, deve ser revisto a fim de alcançar a justiça contratual.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL, *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4591.htm>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____, *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____, *Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1121275/SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21597980/recurso-especial-resp-1121275-sp-2009-0019668-6-stj/inteiro-teor-21597981>>. Acesso em: 20 de set. de 2018.

CORNACCHIONI, Paulo Sérgio, *Ação Civil Pública*. Disponível em: <<http://www.docplayer.com.br/11793389-Acao-civil-publica-a-ser-processada-pelo-rito-ordinario-em-face-de-silverstone-empresendimentos-imobiliarios-spe-ltda-inscrita-no-cnpj-mf-sob-no.html>>. Acesso em: 28 set. 2018.



GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematizado*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil - Contratos*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TIPIFICAÇÃO PENAL DA CONDUTA DE DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS NA INTERNET

Gabriel Ferreira Ribeiro Gomes

Graduado pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Advogado.

Resumo – o fenômeno da divulgação de notícias falsas, as chamadas *fake news*, ganhou corpo com o advento das redes sociais e aplicativos de comunicação. A conduta apresenta evidente perigo, contribuindo para a desinformação, e sendo capaz, até mesmo, de influenciar a opinião pública em eleições governamentais. Diante da discussão de combate a tal fenômeno, emergiu no Congresso Nacional alternativas pela via penal. A essência desse trabalho é abordar os projetos de lei que tipificam a conduta de divulgação de notícias falsas, analisando-os em face da Constituição Federal, princípios do direito penal e da criminologia; abordando ainda soluções alternativas de prevenção ao problema.

Palavras – chave – Direito Penal. Direito constitucional. Tipificação penal. Inconstitucionalidade. Liberdade de expressão. Direito à informação. Soluções alternativas.

Sumário – Introdução. 1. A incompatibilidade em face dos direitos constitucionais à liberdade de expressão e à informação. 2. Compatibilidade da tipificação da conduta com os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, e preceitos de política criminal. 3. Alternativas de combate e desincentivo à propagação de notícias falsas na internet. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo concluir sobre a inconstitucionalidade da potencial tipificação penal da conduta de divulgação de notícias falsas na internet. Considera-se as peculiaridades e fundamentos dos projetos de lei que tratam do tema, bem como a velocidade e dinamização da realização de tal conduta, exponencialmente potencializada pelo advento das redes sociais.

Procura-se comprovar que a criminalização, como forma de prevenção de tal tipo de conduta, colide frontalmente com princípios norteadores do Direito Penal e da Constituição da República Federal.

A análise de constitucionalidade, proposta por este trabalho, vai além da mera observação de congruência ou não com a Carta Maior, mas percorre os limites de aplicação do Direito Penal, observando a sua eficiência como mecanismo de prevenção de condutas indesejáveis, e os perigos de seu uso de forma populista.



Sem discordar da lesividade da conduta que se quer criminalizar, nem dos perigos inerentes à sua prática, busca-se, ainda, observar mecanismos alternativos, menos danosos e mais eficazes, no que tange tal prevenção, estejam eles dentro ou fora do âmbito jurídico.

Assim, inicialmente, no primeiro capítulo deste artigo, analisa-se a conformidade da criminalização de tal conduta com os preceitos positivados na Constituição Federal de 1988. Comtempla-se, especialmente, os princípios da liberdade de expressão e o direito constitucional à informação, demonstrando como os projetos de lei, que encontram na criminalização a solução para o problema, agridem o núcleo de tais princípios.

No segundo capítulo, averigua-se a compatibilidade da tipificação da conduta com os princípios norteadores do Direito Penal, principalmente quanto à intervenção mínima (subsidiariedade) e fragmentariedade. Aborda-se, ainda, os limites de alcance de tal área do Direito, observando a sua eficiência como mecanismo de proteção da incolumidade dos bens jurídicos essenciais, e os problemas de se fazer uso do chamado populismo penal.

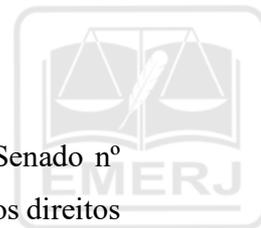
Por fim, no terceiro capítulo, identifica-se alternativas aos projetos de lei que buscam tipificar a conduta de divulgação de notícias falsas, observando as soluções que já existem no arcabouço jurídico brasileiro. Neste sentido, examina-se alternativas no âmbito de políticas públicas.

Como metodologia, por meio de raciocínio indutivo, com a análise detida da doutrina, precedentes dos Tribunais superiores e projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, será possível alcançar uma conclusão sobre o tema. Com isso, tem-se que se trata de uma pesquisa qualitativa.

1. A INCOMPATIBILIDADE EM FACE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À INFORMAÇÃO

O primeiro capítulo deste artigo tem como objetivo demonstrar a incongruência da criminalização da conduta de criação e divulgação de notícias falsas em face dos direitos constitucionais à liberdade de expressão e à informação.

Para isso, primeiramente, os direitos serão dissecados, de modo a demonstrar sua importância para o regime constitucional de 1988. Posteriormente, usando como objeto o Projeto



de Lei nº 6812/2017¹, que tramita na Câmara dos Deputados; e o Projeto de Lei do Senado nº 473/2017², será feita uma análise objetiva quanto à compatibilidade de tais projetos com os direitos supracitados.

O direito à liberdade de expressão e o direito à informação, foram positivados como cláusulas pétreas na Constituição da República de 1988, mais especificamente nos incisos IV, V, IX, XII e XIV do artigo 5º combinados com os artigos 220 e 224.

O tratamento protetivo dado a tais direitos, marca a superação da sistemática do período ditatorial civil-militar, que, fazendo uso da censura, inibia toda sorte de mensagem contrária ao regime vigente.

Além de diversos métodos informais, a escalada da censura no governo civil-militar se deu, primeiramente com a instituição de Lei de imprensa³, em 1967; que sob justificativa de regulação da liberdade de expressão, impunha restrições a tal direito. Posteriormente, a Lei de Segurança Nacional⁴, em 1969; sob justificativa de proteção da ordem do Estado de Direito, agravou, ainda mais, as restrições à liberdade de manifestação. O auge da contenção a tal direito, contudo, se deu com o Decreto-Lei nº 1.077, de 26 de janeiro de 1970⁵, que instituiu a censura prévia.

Dentro do contexto da promulgação da Carta Constitucional de 1988, que marca o processo de redemocratização, a doutrina e jurisprudência brasileira passou a dar maior valor as liberdades individuais, mostrando menos tolerância a eventuais restrições a que possam ser submetidas. Isso porque os direitos humanos fundamentais têm como garantidor geral da sua efetivação o regime democrático. Este, por sua vez, quanto mais é desenvolvido e ampliado, mais potencializa o crescimento, também, da liberdade⁶.

¹BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.812, de 2017*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²Idem. *Projeto de Lei do Senado nº 473, de 2017*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

³Idem. *Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁴Idem. *Decreto-Lei nº 314, de 13 de março 1967*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-314-13-marco-1967-366980-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁵Idem. *Decreto-Lei nº 1.077, de 26 de janeiro 1970*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1077.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁶AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 234



Conforme ensina José Afonso da Silva⁷ em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ao tratar, especificamente, sobre a liberdade de comunicação, existem princípios básicos que a regem:

[...] (a) [...] não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo por que se exprimam; (b) nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; (e) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de autorização, concessão ou permissão do Poder Executivo federal, sob controle sucessivo do Congresso Nacional [...] (f) os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente ser objeto de monopólio [...]

Nessa toada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem demonstrando dar maior importância à proteção do direito à liberdade de expressão.

Em regra, a Corte adota jurisprudência defensiva no que tange reclamação calcada em violação de fundamentos de sua decisão. É a chamada intranscendência dos motivos determinantes. Tal regra, contudo, é excepcionada justamente quando se depara com violação à liberdade de comunicação, visando, frear o ativismo antiliberal que, por muitas vezes, resiste nas varas e tribunais brasileiros.⁸

A despeito da expansão da proteção à tal preceito fundamental, de fato, não se trata de um direito absoluto. É evidente o conflito diário de seu exercício com preceitos também positivados constitucionalmente, principalmente no que tange os inerentes à personalidade, como o direito à intimidade, à privacidade e à honra.

Por tal motivo, o próprio legislador constitucional estipulou no texto original da Constituição da República de 1988 restrições a tal princípio, quais sejam, o direito de resposta (art. 5º, V); vedação ao anonimato (art. 5º, IV); restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, §4º); classificação indicativa (art. 21, XVI); dever de respeitar a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X).

Na seara infraconstitucional, muitos são as tentativas, também, de sanear as externalidades advindas de potenciais abusos no exercício deste direito.

⁷Ibid., p. 243-244

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl* n° 22328. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo822.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2018.



Com a recente proliferação de criação e divulgação de notícias falsas, potencializadas pelas redes sociais, ligou-se o alerta para os prejuízos sociais que podem ser gerados, principalmente em processos decisórios de grande relevância, como é o caso das eleições de 2018.

Nesse contexto, surgiram o Projeto de Lei nº 6812/2017 e o Projeto de Lei do Senado nº 473/2017. Tais projetos, de maneira muito semelhante, impõem pena de detenção e multa para aquele que divulgar ou compartilhar notícias falsas, buscando pela seara penal resolver os exponenciais problemas gerados pelas *Fake News*.

Ressalta-se que a solução trazida pelo legislador ordinário não se sustenta diante de uma análise de constitucionalidade. A velocidade da disseminação de informações e a grande dificuldade de identificação dos autores não só colocam em cheque a efetividade da medida, como expõe o direito à liberdade de expressão às tentativas equivocadas de torna-la efetiva.

É bem verdade que a incapacidade do Estado de identificar, processar e julgar todos os delitos praticados na sociedade, resulta em uma seletividade no sistema criminal, que expõe os grupos sociais mais vulneráveis.

Tal seletividade seria intensificada diante das dificuldades de efetivação de leis que criminalizam a conduta em tela, visto que eventual esforço em seu cumprimento, recairia principalmente em tais grupos, ameaçando o manto de proteção de suas liberdades fundamentais.

Ademais, outro problema, seria o de clarear a zona cinzenta da definição do que é, de fato, “notícia falsa”. Tal indeterminação, obviamente, resultaria em insegurança jurídica, cujo efeito pode se materializar na inibição da exteriorização do livre pensamento.

Nas palavras de Marco Antônio da Costa Sabino⁹ em artigo publicado pelo JOTA:

[...] quando um anteprojeto de lei como o que hoje será discutido no Conselho de Comunicação Social surge, a censura sorri. Ela, censura, que é sempre dissimulada, nunca se apresenta como tal, queda escondida. Fica sempre à espreita, aguardando por uma oportunidade de disfarçar-se e capturar um pretexto tema para, então, agir [...]

Portanto, eventual imposição de sanções criminais no que tange as *fake news* resultará em risco real de violações aos direitos de liberdade de expressão e informação, abrindo perigosas

⁹SABINO, Marco Antônio da Costa. *Fake news: a censura sorri no canto da sala* Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fake-news-censura-sorri-no-canto-da-sala-05032018>>. Acesso em: 16 abr. 2018.



fissuras para que a censura volte a tomar espaço, embaraçando, ainda mais, o Estado Democrático de Direito.

2. COMPATIBILIDADE DA TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA COM OS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, FRAGMENTARIEDADE, E PRECEITOS MODERNOS DE POLITICA CRIMINAL

Em um primeiro momento, neste capítulo, será explicitado o que se entende, na melhor doutrina, sobre o princípio da intervenção mínima, princípio da fragmentariedade e sobre política criminal. Posteriormente, os projetos de lei aqui expostos serão analisados em face aos conceitos apresentados, de maneira a concluir sobre sua compatibilidade com eles ou não.

O princípio da legalidade, importante corolário do direito penal, não é suficiente, por si só, para frear o avanço do arbítrio estatal, visto que, teoricamente, não impediria a positivação de penas atentatórias a integridade humana. Neste sentido, o princípio da última ratio, também chamado de intervenção mínima, aparece como orientador da legalidade no sentido de apenas permitir a criminalização de determinada conduta quando se tem como único meio necessário para a preservação do bem jurídico tutelado.¹⁰

Portanto, havendo maneiras menos gravosas, em outros ramos do direito, de se restabelecer ou coibir o atentado ao bem jurídico protegido, como, por exemplo, na seara civil ou administrativa; a via penal deve ser preterida.¹¹

Como leciona Reinhart Maurach¹², em sua obra *Tratado de Derecho Penal*: “(...) na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a última ratio legis, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para manutenção da ordem jurídica.”

A racionalidade de tal princípio se dá, principalmente, no evidente dano social e marginalização causada pelo castigo penal, que coloca em perigo a própria existência social do afetado.¹³

¹⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 72.

¹¹Ibid, p. 72 - 73

¹²MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 31

¹³ROXIN, Claus et al. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 23.



O princípio da fragmentariedade, por sua vez, deriva dos princípios da legalidade e da intervenção mínima. O direito penal deve se limitar a tutelar os bens jurídicos mais importantes, contra as ações mais graves, se ocupando, por isso, de apenas parte dos bens protegidos pelo ordenamento jurídico.¹⁴

Deste ponto decorre seu caráter fragmentário, visto que faz uma tutela seletiva do bem jurídico a ser protegido, abrangendo o que se mostra efetivamente relevante, buscando repelir o que é indiscutivelmente grave.¹⁵

Como ensina Eduardo Medeiros Cavalcanti¹⁶, em sua obra *Crime e sociedade complexa*:

[...] o significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. E neste âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal [...]

Ademais, não é demais explicitar que o caráter fragmentário do Direito Penal se evidencia em três vertentes: primeiramente na defesa do bem jurídico contra ataques de gravidade extraordinária, com a exigência de tendências e intenções, bem como excluindo punibilidade em alguns casos de prática imprudentes; em segundo, positivando apenas condutas que outras searas do Direito reconheçam como antijurídica; por fim, excluindo da punição condutas consideradas tão somente imorais, pela sociedade.¹⁷

Portanto, impõe-se o princípio da fragmentariedade como freio do arbítrio punitivo do Estado, no sentido de excluir da tipificação penal as condutas que não são tão graves e perigosas, em face de bens jurídicos de relevância questionável.¹⁸

No que tange à política criminal, trata-se do conjunto de recomendações e princípios para mudança do sistema criminal, em reação às mudanças sociais e demonstrações empíricas que advém da atuação dos atores envolvidos na feitura e aplicação do direito penal.¹⁹

As discussões sobre política criminal classificam-se em três categorias, quais sejam, eventos indesejáveis que, supostamente, poderiam ser controlados pela criminalização; problemas criados

¹⁴BITENCOURT, op.cit., p. 75

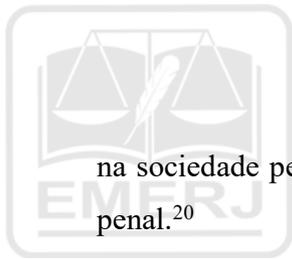
¹⁵PRADO, Régis. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 52

¹⁶CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e sociedade complexa*. Campinas: LZN, 2005, p. 302

¹⁷CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al Derecho Penal*. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p.72

¹⁸BITENCOURT, op. cit., p. 76

¹⁹BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 34



na sociedade pelo sistema penal; e problemas internos das organizações pertencentes ao sistema penal.²⁰

Difícilmente as três categorias são levadas em consideração quando da discussão sobre criminalização. Principalmente por influência do sensacionalismo de cobertura dos meios de comunicação, as distorções problemáticas causadas pelo sistema penal são muitas vezes subvalorizadas e os custos sociais da criminalização, subestimados.²¹

Segundo Heleno Fragoso²², em sua obra *Lições de direito penal*:

[...] uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais [...]

Uma política criminal congruente com os princípios do direito penal e da Constituição da República Federal de 1988 busca, primordialmente, frear o poder punitivo do Estado, acoplando o máximo possível fora do direito penal as condutas antissociais que podem ser repelidas menos drasticamente por outras áreas do direito.

Deve-se ainda observar racionalmente os custos sociais criados pela criminalização, bem como as limitações das organizações pertencentes ao sistema penal.

Ademais, não se pode deixar de lado o fato de que em uma sociedade caracterizada pela estratificação social, o bem jurídico pautado pelo direito penal tem caráter de classe.²³ Neste sentido, não só se protege valores sociais escolhidos pela classe dominante, como sua aplicação pratica contribui para reprodução de tais relações sociais, contribuindo para tal dominação.

Portanto, haja vista o arcabouço teórico acima explicitado, a tipificação penal da conduta de disseminação de notícias falsas na internet não se coaduna com os princípios da última ratio, da fragmentariedade, muito menos com a o entendimento moderno de política criminal.

O bem jurídico tutelado, como advém da justificativa do Projeto de Lei nº 6812/2017²⁴, da Câmara dos Deputados; e do Projeto de Lei nº 473/2017²⁵, do Senado Federal, é a honra e o direito

²⁰HULSMAN, Louk y otros. *Criminologia critica y control social el poder punitivo del estado*. Rosario: Juris, 1993, p. 82-83

²¹Ibid, p. 83

²²FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17

²³FREYRE, Alonso R. Peña Cabrera. *Bien jurídico y relaciones sociales de producción*, In Debate penal, nº2, Lima: Idemsa, 1987, p. 139.

²⁴BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁵Idem. op. cit., nota 2.



difuso a informação. Apesar da inegável relevância de tais bens, é certo que sua proteção não se coaduna com a fragmentariedade penal. Tanto a gravidade de tal conduta quanto a relevância do bem jurídico estão em posição distante de condutas atentatórias a bens jurídicos como vida, integridade física e patrimônio, por exemplo, cuja importância justifica a proteção da lei penal.

Não há, ainda, compatibilidade com o princípio da última ratio penal, haja vista que a tutela penal não se mostra como único meio possível para repelir a conduta, havendo mecanismos menos gravosos e mais eficientes em outras searas do direito, como a do direito civil. Ressalta-se que tais hipóteses e soluções serão explicitadas no capítulo posterior desta obra.

Por fim, é notório que os projetos de lei supracitados não enquadram na definição moderna de política criminal aqui explicitada.

Primeiramente, não há qualquer pesquisa empírica anexada a tais projetos que os justifiquem como políticas públicas eficientes para prevenir o crime que se propõe. Ora, mostra-se temerário alargar o poder punitivo do Estado, na contramão dos objetivos da Constituição da República, sem que se desobrigue do ônus de provar a sua real efetividade e necessidade.

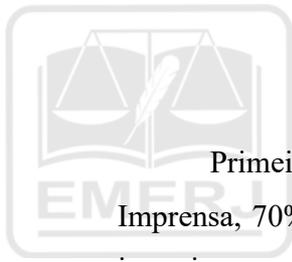
Ademais, mostra-se completamente temerário e desproporcional que se arrisque uma gravosa medida, de efetividade duvidosa, deixando a sociedade a mercê dos negativos efeitos sociais causados pela criminalização.

Por fim, tem-se que o efeito de tal medida, dentro de um sistema seletivo como é o sistema penal, e dos problemas inerentes às instituições integrantes do sistema criminal, importaria no fortalecimento e reprodução das relações sociais de uma sociedade estratificada, como a brasileira, contribuindo para dominação das classes preponderantes em desfavor dos setores sociais mais vulneráveis.

3. SOLUÇÕES ALTERNATIVAS AO COMBATE ÀS FAKE NEWS

Neste capítulo serão apresentadas soluções de combate ao fenômeno de proliferação de notícias falsas, buscando-se alternativas menos drásticas e mais eficientes do que a dos projetos de lei aqui apresentados.

Para isso, em um primeiro momento, será feita uma breve digressão acerca da origem do problema e de suas implicações. Posteriormente, serão apresentadas possíveis soluções já veiculadas por especialistas no tema.



Primeiramente, é de suma importância explicitar que segundo pesquisa do Observatório da Imprensa, 70% dos brasileiros se informam pela rede social *Facebook*.²⁶ Tal dado mostra que é imperioso para o debate, sobre o tema aqui discutido, destrinchar o funcionamento desta e de outras redes sociais.

Os conteúdos compartilhados pelos usuários das mais diversas redes sociais são filtrados por um algoritmo, que, guardadas diferenças pontuais, funcionam de maneira semelhante. O critério basicamente leva em conta a afinidade, peso de cada tipo de conteúdo e tempo²⁷.

Tal modo de funcionamento dos algoritmos acaba gerando o chamado filtros-bolhas, cuja definição Eduardo Magrani²⁸ apresenta em sua obra *Democracia Conectada*:

[...]conjunto de dados gerados por todos os mecanismos algoritmos utilizados para se fazer uma edição invisível voltada à customização da navegação on-line. Em outras palavras, é uma espécie de personificação dos conteúdos da rede, feita por determinadas empresas como o Google, através de seus mecanismos de busca, e redes sociais como o *Facebook*, entre diversas outras plataformas e provedores de conteúdo[...]

É evidente que a bolha limita a diversidade da proliferação de conteúdo, visto que restringe o usuário a um universo de notícias postadas por pessoas as quais já tinha afinidade ideológica.²⁹

Outro importante dado, apurado pelo Datafolha, expõe que 44% dos eleitores no Brasil utilizam o aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp* para ler informação de cunho político e eleitoral³⁰.

É inegável que a democratização dos meios de comunicação trouxe amplitude para o debate e liberdade de expressão, não devendo ser, neste ponto, passível de críticas.

Ainda, a quebra da lógica de escolha das grandes mídias tradicionais acerca do conteúdo a ser publicado, foi um grande avanço para a liberdade de informação.

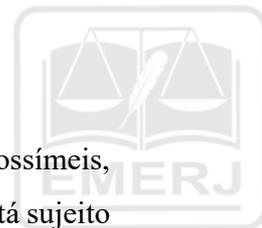
²⁶ROBERTO JUNIOR, Paulo. *Cerca de 70% dos brasileiros ativos no Facebook se informam pela rede social*. Disponível em <<http://observatoriodaimprensa.com.br/enoticias/cerca-de-70-dos-brasileiros-se-informam-pelofacebook/>>. Acesso em: 07 out. 2018.

²⁷BRANCO, Sergio. *Fake News e os caminhos para Folha da Bolha*. Disponível em <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/08/sergio-fakenews>. Acesso em: 12 out. 2018

²⁸MAGRANI, Eduardo. *Democracia Conectada: a Internet como Ferramenta de Engajamento Político-Democrático*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 118

²⁹BRANCO, op. cit., nota 27

³⁰MARÉS, Chico e BECKER, Clara. *O (in)acreditável mundo do WhatsApp*. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/10/17/whatsapp-lupa-usp-ufmg-imagens/>>. Acesso em: 22 out. 2018



De outro lado, o que se viu foi o aumento da proliferação de informações inverossímeis, propiciada pela própria arquitetura das redes sociais. O excesso de informação a que se está sujeito nas redes sociais impede o usuário de ler propriamente todas as notícias, verificar a veracidade das informações e emitir opiniões razoáveis sobre o tema.

Por tal fato, é estimado que mais de metade dos usuários de redes sociais compartilham notícias sem sequer ler o conteúdo.³¹ É nesse contexto que se proliferam as chamadas *fake news*.

A proliferação de notícias falsas de modo intencional se opera de forma sofisticada na rede, utilizando a lógica dos algoritmos a seu favor. Basicamente, diversos robôs (*bots*) controlando perfis falsos são programados para rastrear *hashtags* de usuários sobre determinado tema, como, por exemplo, a rejeição a um partido político. Após a identificação de tais usuários, os *bots* passam a enviar para eles notícias falsas acerca do tema, que vem a ser compartilhadas na bolha ideológica de sua rede social.³²

Existe ainda um grande mercado por trás de tais condutas, haja vista que é possível arrecadar com anúncios que se hospedam no site, que remuneram com base na quantidade de compartilhamentos e cliques, quantias que variam de R\$ 100 mil a R\$ 150 mil por mês, dos quais até 50% ficariam com o intermediário e o restante com o criador do site.³³

O efeito de tal conduta pode ter dimensões de magnitude gigantesca. Muito se discutiu, nas últimas eleições americanas, acerca de sua influência para a eleição de Donald Trump, que vinha figurando em segundo nas pesquisas até as vésperas das eleições.³⁴ Tal fato ajudou a colocar a questão no centro do debate público, tornando ainda mais imperioso para o Brasil, pelo fato de 2018 ser ano de eleições presidenciais.

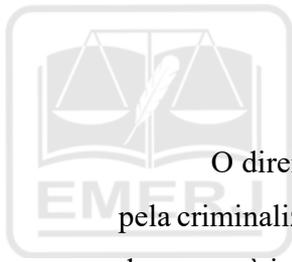
É evidente, portanto, que sejam pensados mecanismos para combater as mazelas do compartilhamento de notícias falsas, atentando-se à importância da democratização do acesso a informação e da liberdade de expressão.

³¹DIÁRIO DE PERNAMBUCO. *59% das pessoas compartilham links sem ler o conteúdo antes*. Disponível em http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/tecnologia/2016/06/17/interna_tecnologia,651049/59-das-pessoas-compartilhamlinks-sem-ler-o-conteudo-antes.shtml. Acesso em: 07. Out. 2018

³²ITAGIBA. Gabriel. *Fake News e Internet: esquema, Bots e Disputa pela Atenção*. Disponível em <https://itsrio.org/pt/publicacoes/fake-news-internet-esquemasbots-disputa-atencao/>. Acesso em: 07. Out. 2018

³³VICTOR, Fabio. *Como funciona a engrenagem das notícias falsas no Brasil*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859808-como-funciona-aengrenagem-das-noticias-falsas-no-brasil.shtml>. Acesso em: 07 out 2018

³⁴PARKINSON, Hannah Jane. *Click and elect: how fake news helped Donald Trump win a real election*. Disponível em <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/nov/14/fake-news-donald-trumpelection-alt-right-social-media-tech-companies>. Acesso em: 07 out 2018.



O direito não parece ser o caminho adequado para efetiva prevenção de tal fenômeno, seja pela criminalização ou imposição de regulações e indenizações em outras searas. A democratização do acesso à internet gerou um enorme e crescente contingente de usuários nas redes sociais, o que torna quase impossível o exercício de controle sobre o conteúdo postado.

O caminho mais seguro, por mais dificultoso que possa aparecer, é o da alfabetização digital (*media literacy*). Como leciona Sergio Branco³⁵ em artigo publicado pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro:

[...]é quase sempre por meio da educação e do uso responsável da tecnologia que logramos sair de um lugar para chegar a outro, melhor. Trata-se de um caminho longo, demorado e que demanda esclarecimento incessante e esforço coletivo em repudiar notícias falsas e estimular a busca por fontes alternativas e seguras de informação [...]

É imperioso que o Estado invista, no âmbito da educação pública, no ensino da distinção com mais clareza de informações falsas e verdadeiras, bem como na distinção do que é de fato uma publicação de notícia e um artigo de opinião. A educação digital deve ser o ponto central, onde todos os esforços devem ser envidados para o combate à divulgação de notícias falsas.

No âmbito das Escolas e Universidades devem ser discutidos de forma preponderante o tema, atentando, inclusive, para o ensino de análise metodológica de artigos científicos.

É essencial, ainda, a criação de ambiente favorável e de incentivo às iniciativas de criação de entidades de checagem de fatos (*fact checking*), bem como sites especializados em elucidar boatos³⁶. Sites como o boatos.org, Aos Fatos (aosfatos.org), Agência Lupa (piaui.folha.uol.com.br/lupa/), Truco (<https://apublica.org/checagem/>), etc., cumprem papel essencial de verificação de informações e quebra de grandes ciclos de proliferação de *fake news*.

Por fim, uma medida que pode se mostrar eficiente é o envolvimento direto das plataformas, compondo junto com o Estado e a sociedade civil formas de revisão de seus termos de uso e políticas de privacidade a fim de coibir a utilização de robôs (*bots*) divulgadores de notícias falsas. Encontrando uma maneira eficiente de coibir tal prática, atacar-se-ia um ponto nodal em que a inteligência artificial opera em prol da desinformação.³⁷

³⁵BRANCO, op.cit., nota 27.

³⁶BRANCO, op.cit., nota 27

³⁷ITAGIBA, op. cit., nota 32.



Na Índia, por exemplo, após episódios de linchamentos motivados pela disseminação de notícias falsas, o WhatsApp adotou medidas de restrições do número de envio de mensagens. Neste sentido, a Agência Lupa propôs à plataforma que adote no Brasil, tendo em vista a problemática das eleições, medidas semelhantes, ainda que de forma temporária, estabelecendo limites para encaminhamento de mensagens, restrição de transmissões quanto ao número de contatos, além de limitação do tamanho de novos grupos³⁸.

CONCLUSÃO

Conforme analisado neste artigo, a disseminação de *fake news* é, de fato, um problema real na sociedade contemporânea. Tal problema ganhou corpo com a potencialização da comunicação pelo surgimento das redes sociais e aplicativos de celular.

O problema ganha novo significado no atual momento brasileiro de eleições presidenciais, visto que já se tem notícia de grupos organizados tendentes a disseminar notícias falsas e induzir o eleitor a erro, em movimento semelhante ao ocorrido nos Estados Unidos, com a eleição de Donald Trump.

Diante de tal cenário, foram analisados os projetos de lei que visam combater tal problema pela via da criminalização, quais sejam, Projeto de Lei nº 6812/2017, que tramita na Câmara dos Deputados; e o Projeto de Lei do Senado nº 473/2017.

Aferiu-se, primeiramente, que a criminalização da conduta não se sustenta diante de uma análise de constitucionalidade. Restam evidentes os potenciais danos à liberdade de expressão e os riscos de censura prévia.

A indeterminação da definição do que é *fake news*, resultaria em uma cláusula aberta e conseqüentemente perigosa insegurança jurídica, cujo efeito poderia se materializar na mácula ao livre pensamento.

Diante da escalada do discurso autoritário no Brasil, torna-se perigoso para as liberdades individuais dar carta branca ao Estado para repreender penalmente o indivíduo interpretando um conceito vago, em um tipo penal aberto.

Do ponto de vista do direito penal, demonstrou-se evidente violação aos princípios da intervenção mínima, bem como da fragmentariedade.

³⁸MARÉS e BECKER, op. cit., nota 30.



Criminalizar a disseminação de notícias falsas, como demonstrado, ignora a existência de maneiras menos gravosas de lidar com o problema, além de que não se mostrar medida proporcional frente à importância do bem jurídico tutelado.

Ademais, restou demonstrada a pouca efetividade da medida a luz da concepção moderna de política criminal, visto que não há qualquer base empírica que demonstre o seu sucesso na prevenção de crimes. Por tal motivo, não há justificativa para a ampliação do poder punitivo do Estado que, diante da seletividade de seu aparelho repressivo, culmina em efeitos sociais negativos.

Quanto às soluções alternativas ao problema, foram apresentadas maneiras menos drásticas do que eventual criminalização, esvaziando o discurso, calcado em populismo penal, de necessidade de tipificação.

Demonstrou-se que a via de atuação do Estado deve se dar por meio de políticas públicas voltadas, principalmente, à educação digital, visando desenvolver nas pessoas a habilidade de checagem de informações verdadeiras e falsas, distinguir notícias de artigos de opinião; bem como entender a metodologia de pesquisas empíricas.

As agências de checagem e sites especializados para elucidar boatos têm também a sua importância no tema, merecendo incentivo à sua expansão, e criação de ambiente favorável para a disseminação de novas iniciativas.

A atuação conjunta do Estado, sociedade civil e plataformas de redes sociais para eliminar atuação de robôs (*bots*) divulgadores de notícias falsas, se mostram, também, como etapa essencial para mitigação do problema.

Portanto, restou demonstrado que não só os projetos de lei em tramitação no Congresso, como qualquer nova tentativa de criminalização da conduta de divulgação de notícias falsas se mostra inócua frente ao objetivo que se propõe. Não só isso, viola princípios, normas infraconstitucionais e constitucionais.

São flagrantes ainda os riscos sociais e os erros no sentido de definição de política pública de Estado.

Diante da patente inconstitucionalidade da medida, há de se focar nas alternativas propostas, evitando o populismo penal que por vezes ronda o Congresso Nacional, à revelia da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 11 ed., Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

BITENCOURT, Cesar. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

BRANCO, Sergio. *Fake News e os caminhos para Folha da Bolha*. Disponível em <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/08/sergio-fakenews>. Acesso em 07 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Rcl 22328/RJ*. Relator. Ministro Roberto Barroso, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo822.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 314*, de 13 de março 1967. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-314-13-marco-1967-366980-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 1.077*, de 26 de janeiro 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1077.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Lei nº 5.250*, de 09 de fevereiro 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 6.812*, de 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 473*, de 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e sociedade complexa*. Campinas: LZN, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al Derecho Penal*. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

DA COSTA SABINO, Marco Antônio. *Fake news: a censura sorri no canto da sala* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fake-news-censura-sorri-no-canto-da-sala-05032018>. Acesso em: 18 mar. 2018



DIARIO DE PERNAMBUCO. 59% das pessoas compartilham links sem ler o conteúdo antes. Disponível em http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/tecnologia/2016/06/17/interna_tecnologia,651049/59-das-pessoas-compartilhamlinks-sem-ler-o-conteudo-antes.shtml. Acesso em: 07. Out. 2018

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREYRE, Alonso R. Peña Cabrera. *Bien jurídico y relaciones sociales de producción*, In Debate penal, nº2. Lima: Idemsa, 1987.

HULSMAN, Louk y otros. *Criminologia critica y control social el poder punitivo del estado*. Rosario: Juris, 1993.

ITAGIBA, Gabriel. *Fake News e Internet: esquema, Bots e Disputa pela Atenção*. Disponível em <<https://itsrio.org/pt/publicacoes/fake-news-internet-esquemasbots-disputa-atencao/>> Acesso em: 07. Out. 2018

ROBERTO JUNIOR, Paulo. *Cerca de 70% dos brasileiros ativos no Facebook se informam pela rede social*. Disponível em <<http://observatoriodaimprensa.com.br/enoticias/cerca-de-70-dos-brasileiros-se-informam-pelofacebook/>> Acesso em: 07 out. 2018

MAGRANI, Eduardo. *Democracia Conectada : A Internet como Ferramenta de Engajamento Político-Democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARÉS, Chico e BECKER, Clara. *O (in)acreditável mundo do WhatsApp*. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/10/17/whatsapp-lupa-usp-ufmg-imagens/>>. Acesso em: 22 out. 2018

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962.

PARKINSON, Hannah Jane. Click and elect: how fake news helped Donald Trump win a real election. Disponível em <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/nov/14/fake-news-donald-trumpelection-alt-right-social-media-tech-companies>> Acesso em: 07 out 2018.

PRADO, Régis. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ROXIN, Claus et al. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

SELEÇÃO EMBRIONÁRIA, DESCARTE DE EMBRIÕES VIÁVEIS EM PROL DA ADEQUAÇÃO AO GRUPO: ÉTICA E EUGENIA

Gabriela Comerlato Erthal Neves

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Pós-graduada pela Escola de Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - A Lei de Biossegurança contém lacunas que atualmente são preenchidas pelo Conselho Federal de Medicina, o que levou ao tratamento desigual de embriões *in-vitro* dependendo das características físicas identificáveis através de Diagnóstico Pré-Implantação. Embora o embrião *in vitro* não seja considerado vida, tampouco pessoa humana, é material genético potencial de geração de vida humana e deve ser tratado de forma igual a outros embriões *in vitro*. O atual tratamento desigual permite o descarte de embriões deficientes, ainda que viáveis, o que se trata de uma forma moderna de eugenia.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Biossegurança. Lei nº 11.105/05. Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina. Eugenia. Direitos do Embrião *In Vitro*.

Sumário - Introdução. 1. Lei de Biossegurança e Seleção Embrionária. 2. Direitos da Pessoa Humana *In Vitro*. 3. Ética e Eugenia no âmbito Particular. Conclusão. Referências.

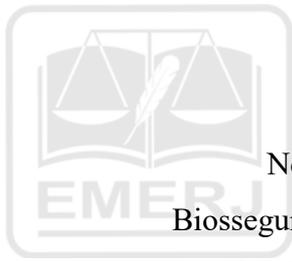
INTRODUÇÃO

Os avanços recentes da medicina permitiram que, com o uso de métodos de fertilização *in vitro*, fosse feita a seleção de embriões com determinadas características desejáveis antes da implantação do embrião no útero materno. Por meio da realização do diagnóstico genético pré-implantação, é possível detectar a ocorrência de diversas doenças pouco após a fecundação, no início do desenvolvimento do embrião.

A detecção de doenças genéticas em embriões antes da implantação permite aos genitores implantar somente embriões saudáveis, rejeitando aqueles que nasceriam com defeitos genéticos ou que não seriam viáveis para levar a gestação a termo.

O método é muito utilizado quando a genitora se encontra em idade avançada, de forma a evitar que embriões com mutações ou que não sobreviveriam à gravidez sejam implantados, mas também é utilizado por casais que possuem doenças genéticas e que desejam evitar gerar um filho com a mesma deficiência.

O objetivo do presente trabalho é analisar a ética dessa escolha, bem como o papel do Estado na proteção dos direitos do ser humano *in vitro* em contraposição ao direito pessoal ao planejamento familiar, fazendo uma análise da questão cultural que envolve a escolha de embriões com determinadas características desejáveis para determinado grupo.



No primeiro capítulo, serão expostos os principais pontos da Lei de Biossegurança, bem como será discutido a forma como o Direito Brasileiro lida com a possibilidade de seleção embrionária e manipulação genética de embriões humanos. Será ainda descrito o processo pelo qual ocorre o Diagnóstico Pré-Implantação, brevemente, com o objetivo de contextualizar os argumentos que dizem respeito à seleção de embriões com determinadas características.

No segundo capítulo, serão apresentadas as teorias principais acerca do início da vida no Direito Brasileiro, e como a legislação vigente vê o nascituro. Por fim, será discutida a possibilidade do descarte de embriões sadios na legislação brasileira, e os limites da vontade dos genitores.

No terceiro capítulo, serão discutidos os limites da atuação do Estado no âmbito particular, e se o direito pessoal ao planejamento familiar deve encontrar qualquer tipo de limitação. Será discutido o conceito de eugenia, e as medidas adotadas ao longo da história para controlar a reprodução humana com o objetivo de adequar indivíduos ao grupo. Serão analisados casos e normas do Direito Comparado, uma vez que outros países possuem regulamentações mais completas em relação ao assunto, que ainda é recente no Brasil. Por fim, será discutida se as normas existentes exprimem de forma adequada a intenção do legislador e atendem às necessidades da população, ou se é necessário que a legislação brasileira seja adaptada.

A principal metodologia adotada será a revisão bibliográfica e análises de casos concretos, em especial do Direito Comparado. Serão analisadas as implicações éticas da seleção embrionária à luz do Direito Constitucional, e será discutida a possibilidade de se decidir quem terá do direito de nascer por meio das técnicas de seleção embrionária para fertilização *in vitro*.

À luz desses questionamentos, o presente trabalho pretende ainda discutir a possibilidade de se enquadrar a prática como eugenia, discutindo a origem histórica das teorias e práticas que circundaram o termo no último século.

1. LEI DE BIOSSEGURANÇA E SELEÇÃO EMBRIONÁRIA

A legislação brasileira somente começou a tratar de questões de biossegurança recentemente, com a crescente procura por procedimentos de fertilização *in vitro* e a esperança trazida pelas pesquisas com células-tronco embrionárias a pacientes que sofrem com doenças e deficiências físicas hoje ainda incuráveis.

Com a procura por novas formas de tratamentos, considerando que se trata do manejo de um embrião humano em desenvolvimento, a discussão acerca da ética dos procedimentos se faz necessária.

O termo “Biossegurança” é definido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) como “Condição de segurança alcançada por um conjunto de ações destinadas a prevenir, controlar, reduzir ou eliminar riscos inerentes às atividades que possam comprometer a saúde humana, animal e o meio ambiente”¹.

Em 24 de março de 2005, com o objetivo de atender à necessidade de positivação quanto às atividades ligadas à manipulação genética, foi sancionada a Lei nº11.105 de 2005, Lei de Biossegurança², que trata principalmente das regulamentações acerca do desenvolvimento e comércio de organismos geneticamente modificados (OGM), em uma tentativa de promover o avanço científico de forma ética e segura, com foco na prevenção de impactos ambientais causados pela manipulação genética.

A Lei de Biossegurança ainda regulamenta questões quanto à manipulação do genoma humano. O artigo 5º regulamenta as condições sob as quais as pesquisas com células-tronco embrionárias poderão ser realizadas:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
I – sejam embriões inviáveis; ou
II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

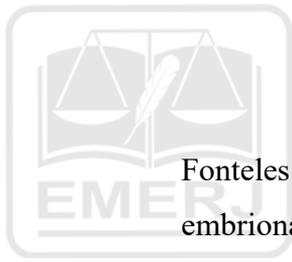
§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

O referido artigo foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510³), julgada em 29 de maio de 2008, em que o ex-procurador-geral da República Claudio

¹BRASIL. ANVISA. *Conceitos e definições*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/conceitos-e-definicoes4>>. Acesso em: 20 set. 2017.

²BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

³BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510. Inteiro Teor: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 20 set. 2017.



Fonteles argumentava ser a permissão para a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias inconstitucional por violar o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

A referida ADI foi julgada improcedente. O relator, Ministro Carlos Ayres Britto, afirmou que “para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano”, posição que prevaleceu na corte conforme evidencia a seguinte ementa⁴:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. (...) IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.(...) III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. (...) as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. (...) O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

A ementa ainda trata da não caracterização de aborto no caso de pesquisas com células-tronco embrionárias, desconsiderando o experimento *in vitro* como sendo equivalente a uma gestação humana⁵:

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino(...)⁶

A posição defendida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 3510⁷ encontra consonância na Teoria da Nidação afirma que vida humana tem início a partir do momento da implantação do óvulo fecundado no útero materno, o único ambiente em que teria o potencial de sobreviver e se desenvolver.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁵ Ibid.

⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043.

⁷ Ibid

Seguindo esse posicionamento, o embrião não implantado não é considerado sujeito de direitos por não ter o potencial de por si só se desenvolver. O termo “pré-embrião” foi utilizado no julgamento da referida ADI para se referir ao embrião *in vitro*, ou seja, o óvulo fecundado, mas não implantado.

A Lei de Biossegurança não trata de outros assuntos relacionados ao embrião *in vitro*, não dispondo sobre questões como a seleção embrionária e a realização de exames pré-implantação. Essas questões, ignoradas pelo legislador, são disciplinadas através de resoluções do Conselho Federal de Medicina, mais notadamente a Resolução nº 2121/2015⁸.

O Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução nº 2121/2015, discrimina detalhadamente as diretrizes a serem seguidas no processo de reprodução assistida e fixa claros limites éticos relativos à preservação e seleção de embriões para a implantação.

A referida Resolução, em seu item 5 de seus Princípios Gerais, veda a seleção embrionária com o objetivo de selecionar características biológicas do feto, exceto com o objetivo de evitar doenças:

5 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer.⁹

Insta ressaltar que o item 8 dos Princípios Gerais da mesma resolução veda o descarte de embriões após a implantação¹⁰, demonstrando que segue a Teoria da Nidação defendida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3510:

8 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

Existe, portanto, ainda que não prevista na Lei de Biossegurança, vedação clara à prática de seleção embrionária, anterior ou após a implantação.

Quanto à manipulação do genoma humano, não é mencionado na referida Resolução. Porém, a menção não se faz necessária, uma vez que a Lei de Biossegurança prevê a vedação à manipulação genética de embriões humanos em seu art. 6^o¹¹:

Art. 6^o Fica proibido:
III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e

⁸ BRASIL. *Resolução CFM nº 2121/2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 20 s et. 2017

⁹ Ibid.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 2.



embrião humano;
IV – clonagem humana;

Cabe ressaltar que, diferentemente do que ocorre com a seleção embrionária, em que a Resolução 2121/2015 do CFM aponta uma exceção à vedação, qual seja a seleção com o objetivo de evitar doença que possa acometer o futuro filho, a Lei de Biossegurança não abre qualquer exceção à vedação à manipulação genética humana. Resta vedada a manipulação do genoma humano independente de seu propósito.

A Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina permite a realização de testes em embriões antes da implantação, afim de identificar alterações genéticas causadoras de doenças¹². O diagnóstico torna possível a certeza de que os embriões implantados são plenamente saudáveis.

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

1- As técnicas de RA podem ser utilizadas aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos serem doados para pesquisa ou descartados.

2- As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum(a) filho(a) do casal já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

3- O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de 14 dias.

Levando-se em consideração que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3510, posicionou-se no sentido que o embrião *in vitro* não possui potencial de vida até a implantação no útero materno, o Diagnóstico Genético Pré-implantação torna possível a identificação e o descarte de embriões considerados indesejáveis em razão de alteração genética causadora de doença ou incompatibilidade do sistema HLA (sistema humano de leucócitos).

A segunda permissão, prevista no item IV, 2 da Resolução supracitada, necessita de atenção. Ao permitir a tipagem do sistema HLA do embrião para que somente embriões HLA-compatíveis com outro filho do casal afetado por doença, com o objetivo de realizar transplante de células-tronco do embrião para o filho existente, a Resolução permite a não-implantação e eventual descarte de embriões saudáveis por não terem o tipo desejado de HLA.

O Diagnóstico Genético Pré-Implantação é feito por meio de biópsia de ao menos uma célula, a partir do terceiro dia de desenvolvimento do embrião *in vitro*. A análise

¹² BRASIL, op. cit., nota 8.



laboratorial da célula permite a identificação da doença gênica ou cromossômica ainda na primeira semana do desenvolvimento do embrião, quando este ainda possui número reduzido de células¹³. A técnica não causa prejuízo ao embrião em desenvolvimento, mas a única regulamentação brasileira a respeito é a Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina.

Em razão de todo o exposto, fica evidente que a atual legislação relativa à Biossegurança no Brasil é demasiadamente falha, contendo diversas lacunas que atualmente restam ao Conselho Federal de Medicina preencher. A existência das referidas lacunas resulta na impossibilidade de se garantir plenamente os direitos do embrião *in vitro*, uma vez que tais direitos não estão claramente delimitados no ordenamento pátrio. Existe, portanto, a necessidade de se preencher as lacunas de forma a garantir que a Lei de Biossegurança alcance os objetivos pretendidos pelo legislador e propiciar uma maior segurança jurídica à população brasileira, seguindo os passos de Estados estrangeiros cujo Direito enfrenta o problema há mais tempo do que o Direito Brasileiro.

2. DIREITOS DA PESSOA HUMANA *IN VITRO*

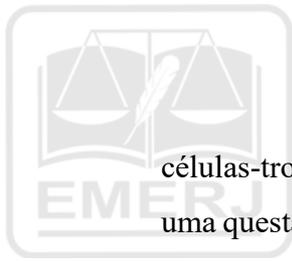
O óvulo fecundado *in vitro* se encontra em um estado de difícil definição para o Direito. O embrião foi criado intencionalmente, de maneira artificial, e poderia ter a oportunidade de se tornar uma pessoa humana de fato se fosse implantado no útero materno, da mesma forma que ocorreria em uma gravidez humana natural.

No entanto, o embrião *in vitro* não pode se desenvolver sem a implantação, não tem atividade neurológica e seu uso tem um potencial imenso para o desenvolvimento de tratamentos para diversos problemas de saúde que acometem a humanidade.

Trata-se de um conflito ético que é resolvido de formas diferentes dependendo dos ideais pessoais de cada indivíduo, e depende da definição objetiva do início da vida. No entanto, chegar a um acordo sobre qual seria a definição ideal mostra-se como um desafio para o Direito Brasileiro.

As discussões acerca do exato momento do início da vida influenciam as legislações de diversos países nas últimas décadas, em especial no que diz respeito aos direitos da mulher e às pesquisas com células-tronco. No Brasil, essas discussões ressurgem sempre que se fala na possibilidade da realização de aborto ou do uso de

¹³ Centro de Genética de Reprodução. *Diagnóstico Genético Pré-Implantação*. Disponível em: <<http://www.cgrabarros.pt/dgpi.htm>>. Acesso em: 20 set. 2017



células-tronco embrionárias em pesquisas que objetivam o avanço médico-científico. É uma questão que vai muito além do Direito, e envolve tanto sentimentos religiosos quanto fatores biológicos.

Existem diversas correntes que pretendem estabelecer o momento em que a vida se inicia, mas três das principais teorias são as mais relevantes para o assunto de que trata o presente trabalho. São estas a Teoria Concepcionista e a Teoria Neurológica.

A Teoria Concepcionista, ou Teoria da Fecundação, defende que a vida e, portanto, a personalidade jurídica, tem início com a concepção, e que, portanto, o aborto ou o uso de embriões em qualquer estágio de formação para pesquisas com células-tronco embrionárias seria um atentado contra a vida de um infante, equiparado a infanticídio e homicídio. Seguindo essa teoria, o descarte de quaisquer embriões, saudáveis ou não, antes ou após a implantação, deve ser igualmente criminalizado. Essa teoria se sustenta nos ensinamentos de Clóvis Beviláqua, que, “como via na defesa dos interesses do ente concebido e não nascido o reconhecimento de seus direitos, a atribuição de personalidade ao nascituro seria consequência natural”¹⁴.

A Teoria Neurológica, ou Teoria das Primeiras Atividades Cerebrais, se baseia estritamente no conceito médico de vida, e defende que a vida somente tem início após a formação do sistema nervoso e as primeiras atividades cerebrais. Trata-se de uma conclusão derivada do conceito de vida para o fim de declarar a morte, de estabelecer o exato momento em que cessa a vida: Uma pessoa é considerada morta para a medicina moderna quando cessam as atividades cerebrais. Se o fim da vida para o Direito brasileiro é sinônimo do fim das atividades cerebrais, então o início da vida, por consequência lógica, deve ser sinônimo do início das atividades cerebrais. Da mesma forma que a pessoa humana, ao ter cessadas suas atividades cerebrais, está apta a ter seus órgãos removidos para doação, o embrião que ainda não tenha atividades cerebrais estaria apto a ser descartado ou ter suas células-tronco embrionárias utilizadas para pesquisas e tratamentos médicos. Esta é a teoria que foi colocada em prática pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510¹⁵.

Essa posição encontra grande oposição da parcela da população que, em razão do sentimento religioso e de senso particular de moralidade, defende veementemente que a vida se inicia na concepção. A oposição criada por essa parcela da população, que tem

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*, vol. I, 23. ed., Rio de Janeiro; Forense, p. 184.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

forte representação tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, fez com que a discussão se alongasse por anos antes da decisão final do Supremo Tribunal Federal. Consequentemente, a legislação Brasileira sobre o assunto ainda é relativamente recente.

Em 2007, um projeto de lei denominado Estatuto do Nascituro, PL nº 478/07¹⁶, foi proposto pelos deputados Osmânio Pereira e Elimar Máximo Damasceno. O projeto visava incluir o aborto do rol de crimes hediondos e proibir as pesquisas com células-tronco embrionárias, mas foi arquivado em 31 de janeiro do mesmo ano.

Um substitutivo, no entanto, ainda está em tramitação, e apesar de não propor alterações ao código penal, propõe que seja considerada que a vida se inicia a partir da fertilização do óvulo, inclusive *in vitro*, e assegura direitos ao embrião resultante de estupro. Atualmente, o aborto de embrião resultante de estupro é permitido pela legislação brasileira.

A proposta afronta aos direitos humanos das mulheres, retirando-lhes o poder de autodeterminação e impedindo que o aborto seja realizado mesmo em casos permitidos em lei, como em caso de risco para a vida da mãe. Representa ainda um retrocesso no campo médico, uma vez que se o embrião *in vitro* for considerado titular de personalidade e direitos humanos, isso significará a proibição das pesquisas e dos tratamentos com células-tronco embrionárias.

O embrião não possui, no Direito Brasileiro, personalidade civil, como dita o artigo 2º do Código Civil. A personalidade se adquire somente com o nascimento com vida, e os direitos que são inerentes à qualidade de pessoa humana não se aplicam a quem ainda não nasceu, denominado nascituro.

Essa definição acompanha a evolução do nosso Direito desde suas raízes romanas, como ensina o professor Caio Mário da Silva Pereira. Afirma que “a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual não havia falar em sujeito ou em objeto de direito (...) Mas, isso não obstante, os seus interesses eram resguardados e protegidos”¹⁷.

Não é correto dizer que o nascituro não é titular de direito algum. Uma vez que se trata de uma pessoa humana em potencial, o nascituro tem direito a proteção legal desde a concepção, em conformidade com o texto do artigo 2º do Código Civil, *in fine*.

¹⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 478/07*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

¹⁷ PEREIRA, op. cit. nota 14, p. 183.



O embrião não é e não pode ser tratado como coisa. Não é patrimônio, não pode ser comercializado, e seu descarte ou uso laboratorial deve ser feito considerando que, apesar de não ser titular de personalidade civil, ainda assim tem direito a que seja respeitada sua dignidade.

Um dos direitos concedidos aos nascituros pela legislação brasileira é o direito a receber alimentos provisionais ou definitivos resultantes do reconhecimento do vínculo de paternidade. Da mesma forma, o nascituro pode ser beneficiário de testamento. Não se pode dizer, portanto, que o nascituro está completamente desassistido pela legislação brasileira.

Mesmo a ementa da ADI nº 3510¹⁸, referente a utilização de embriões para pesquisas com células-tronco, afirma que o embrião pré-implantação é um bem a ser protegido, ainda que o mesmo julgado considere que não se trata de vida humana de fato.

Os embriões utilizados para pesquisas com células-tronco são, em geral, embriões originalmente sadios e aptos à implantação, mas que não foram implantados por decisão dos genitores. Antes da possibilidade de doação dos embriões para as pesquisas, embriões inviáveis em razão do decurso do tempo eram meramente descartados.

Não há alternativa para o embrião cujos genitores simplesmente decidiram por não implantar. Não existe, no momento, tecnologia para desenvolver um embrião rejeitado em um útero artificial, e obrigar legalmente os genitores a implantar o embrião seria uma afronta inaceitável à liberdade pessoal dos mesmos, e seria tratar a mulher como um objeto, uma máquina sem liberdade de escolha que tem como função incubar um embrião.

Portanto, o embrião que for rejeitado será descartado. Usar o embrião que seria descartado em prol do desenvolvimento científico é uma alternativa ao descarte, não uma alternativa à implantação.

Da mesma forma, o descarte de um embrião saudável em prol de um embrião que possua algum tipo de deficiência não é uma escolha que torna um embrião deficiente, uma vez que não se trata de manipulação genética, é uma escolha entre qual dos embriões viáveis terá a oportunidade de nascer, de acordo com a vontade dos genitores de ter um filho que se adeque ao grupo.

Não é, no entanto, diferente do oposto, de um ponto de vista ético. O descarte de um embrião com algum tipo de deficiência que não o torna inviável, mas que não é

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.



desejada, em prol de um embrião saudável, significa escolher quem tem o direito de nascer. Quando se descarta quaisquer embriões viáveis, ou seja, que sobreviveriam à gestação, em razão de uma característica física, com o objetivo de adequá-lo a um grupo, trata-se de eugenia.

No ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, esse tipo de escolha é permitido. A palavra “eugenia” é frequentemente associada ao nazismo e ao holocausto, mas a ideia serve como base para práticas muito menos visíveis, o que acaba deixando procedimentos aparentemente inócuos como a escolha de embriões para a implantação com base em determinadas características em uma área nebulosa, em que não se percebe os fundamentos ideológicos da prática.

A Resolução nº 2121/2015¹⁹ do Conselho Federal de Medicina permite o descarte ou a doação de embriões doentes para a pesquisa, com a permissão dos genitores, o que permite que se impeça o desenvolvimento de fetos com deficiências ou doenças genéticas, o torna legal no Direito Brasileiro a prática de eugenia.

3. ÉTICA E EUGENIA NO ÂMBITO PARTICULAR

Muito se discute a respeito da extensão da possibilidade de intervenção estatal no âmbito particular, em especial no que diz respeito às unidades familiares e suas diferentes características.

O foco da discussão que é mais abordado pela mídia é, costumeiramente, relativo aos relacionamentos considerados não-convencionais, ou seja, que não são heterossexuais e monogâmicos.

Quando se trata das novas vidas de que originam das unidades familiares entra em evidência quando se discute a possibilidade da legalização do aborto ou obrigatoriedade da aplicação de vacinas em infantes. Tratando-se da reprodução assistida, a discussão sobre o destino dos embriões não utilizados acabou por arrefecer com o passar dos anos. São estas, no entanto, hipóteses em que o Estado exerce controle sobre os direitos e deveres dos genitores no âmbito da família, apesar de serem questões que estão intimamente ligadas à ética particular.

Em razão da multiplicidade de origens, tradições e crenças encontradas no país, não é viável que se espere que toda a população se submeta a normas que não necessariamente vão de encontro aos seus princípios éticos particulares. Um exemplo é a

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 8



existência de grupos que, em razão da falta de conhecimento médico-científico ou de suas crenças religiosas, recusa-se a vacinar seus filhos, acreditando que é a posição ética e moralmente aceitável a se tomar para o melhor de sua família, ainda que seja sabido de fato que a vacinação protege o infante de uma morte prematura e torna possível a erradicação de diversas doenças. É claro, independentemente da posição desses grupos, a vacinação continua obrigatória, em conformidade com o Parágrafo Primeiro do artigo 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁰

Um exemplo ainda mais claro é o aborto. Em um primeiro momento, não se esperaria que o Estado tivesse qualquer tipo de controle sobre o corpo de um indivíduo. No entanto, quando se trata do aborto, ficam definidas de forma taxativa as hipóteses em que este é permitido, sendo criminalizado o aborto que seja realizado fora das hipóteses previstas.

Percebe-se, portanto, que a posição ética do indivíduo não reina absoluta no âmbito particular, sendo possível ao Estado interferir quando for necessário preservar seus interesses, como é o caso da vacinação obrigatória, ou proteger determinado bem jurídico, como é o caso dos direitos do nascituro.

A palavra “Eugenia” vem do grego “eugenes”, que significa “bem-nascido”. Foi cunhado pelo inglês Francis Galton em 1883 quando publicou pela primeira vez seu livro *“Inquires into Human Faculty and its Development”*²¹.

Primo de Charles Darwin, Galton foi fortemente influenciado por sua principal publicação, “A Origem das Espécies”, em 1859, em especial no que concernia à criação seletiva e o efeito que a domesticação tem em animais.

Defendeu Galton que o método utilizado para selecionar os melhores exemplares de animais domésticos para se manter uma linhagem com características desejáveis poderia também ser usado em humanos. Galton acreditava que as habilidades humanas eram hereditárias, ideia que publicou em seu livro *“Hereditary Genius”*²² em 1869.

Galton defendia a implementação de um sistema de mérito que concedia “notas” à famílias, e que famílias com ranking alto deveriam ser incentivadas monetariamente a casar entre si, de forma a produzir indivíduos que Galton consideraria “bem-nascido”.

²⁰ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 05 maio 2018.

²¹ GALTON, Francis. *Inquires into Human Faculty and its Development*. Londres; Macmillan. Disponível em: <<http://galton.org/books/human-faculty/text/human-faculty.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2018

²² IDEM. *Hereditary Genius*. Londres, 1869. Editora Macmillan. Disponível em: <<http://galton.org/books/hereditary-genius/text/pdf/galton-1869-genius-v3.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2018

As ideias de Galton inspiraram indivíduos com o general americano Frederick Henry Osborn²³, que além de advogar pelos maiores índices de reprodução entre indivíduos com características desejáveis, ainda defendia a esterilização de indivíduos com características não-desejáveis. O que eram consideradas como características não-desejáveis, à época, variavam desde registros criminais à raça. Leis anti-miscigenação e empecilhos à imigração, bem como a esterilização forçada de pessoas pobres, deficientes ou consideradas loucas, pouco inteligentes ou imorais, foram medidas eugênicas adotadas pelos Estados Unidos no início do século XX.

Entre 1907 e 1963, estima-se que mais de 64 mil indivíduos tenham sido forçosamente esterilizados nos Estados Unidos da América²⁴.

CONCLUSÃO

Resta evidenciado que a Resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina, ao permitir o descarte somente de embriões com características não desejáveis, impõe tratamento diferenciado ao potencial de vida humana que não se adequa ao grupo, permitindo que se escolha quem vai nascer.

Em razão de não ser o assunto tratado por Lei, nosso ordenamento jurídico atual permite que o Conselho Federal de Medicina preencha as lacunas legais, o que é inaceitável quando se trata do tratamento digno e igualitário de material genético com potencial de vida humana.

Ao analisar as formas como se deu a prática de eugenia ao longo da história, sua definição e as motivações que levaram às práticas, conclui-se que o tratamento dado ao embrião dependendo do resultado do Diagnóstico Pré-Implantação se trata de um tratamento eugênico, com o objetivo de impedir a implantação e eventual desenvolvimento e nascimento de pessoas humanas deficientes.

Existindo a vedação ao descarte de embriões em razão de características físicas meramente estéticas, evidencia-se a tentativa do Conselho Federal de Medicina de coibir alguma forma de eugenia. Porém, esse objetivo não é alcançado, uma vez que permite

²³ OSBORN, Frederick Henry, *History of the American Eugenics Society, Social Biology*, 2ª Ed., Vol. 21. Disponível em: <<https://www.webcitation.org/query?url=http://www.geocities.com/SoHo/Exhibit/2412/eugenics/osborn.html&date=2009-10-25+10:00:08>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²⁴ LOMBARDO, Paul; *Eugenic Sterilization Laws*, disponível em: <<http://www.eugenicsarchive.org/html/eugenics/essay8text.html>>. Acesso em 14 mai. de 2018.



que embriões viáveis, mas deficientes ou indesejados, sejam descartados em prol da implantação dos embriões desejados, uma escolha de natureza ideológica eugênica.

A Lei de Biossegurança não deve permitir que o Conselho Federal de Medicina preencha as lacunas de forma autônoma, ainda mais no que tange aos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. As normas relativas aos direitos do embrião humano in vitro precisam ser discutidas por legisladores, de forma a se ter uma norma sólida que está em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil e garantindo o tratamento igualitário entre potenciais de vida humana, da mesma forma que é garantido o Direito à Igualdade entre pessoas humanas nascidas vivas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. ANVISA. *Conceitos e definições*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/conceitos-e-definicoes4>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 478/07*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043.

_____. *Resolução CFM 2121/2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510. Inteiro Teor: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CENTRO DE GENÉTICA DE REPRODUÇÃO. *Diagnóstico Genético Pré-Implantação*. Disponível em: <<http://www.cgrabarros.pt/dgpi.htm>>. Acesso em: 20 set. 2017

GALTON, Francis. *Inquires into Human Faculty and its Development*. Londres; Macmillan. Disponível em: <<http://galton.org/books/human-faculty/text/human-faculty.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

GALTON. *Hereditary Genius*. Londres: Macmillan. Disponível em: <<http://galton.org/books/hereditary-genius/text/pdf/galton-1869-genius-v3.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*, vol. I, 23. ed., Rio de Janeiro; 2010; Forense.

LOMBARDO, Paul; "*Eugenic Sterilization Laws*", disponível em: <http://www.eugenicsarchive.org/html/eugenics/essay8text.html>, acesso em 14 mai. 2018.

OSBORN, Frederick Henry, *History of the American Eugenics Society, Social Biology*, 2ª Ed., Vol. 21. Disponível em: <<https://www.webcitation.org/query?url=http://www.geocities.com/SoHo/Exhibit/2412/eugenics/osborn.html&date=2009-10-25+10:00:08>>. Acesso em: 15 jun. 2018.



OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULAM A ARBITRAGEM?

Giuliana Suarez Villela

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogada. Pós-graduada em Direito Empresarial Internacional pela Vrije Universiteit, Holanda.

Resumo - o Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe o sistema de precedentes judiciais para o ordenamento jurídico brasileiro, vinculando todos os processos judiciais a um mesmo entendimento unitário, exarado pelos tribunais superiores. O objetivo do presente trabalho é verificar se tal sistema é aplicável à arbitragem, bem como delimitar os limites de eventual aplicação.

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

Sumário - Introdução. 1. A controversa utilização dos precedentes no Direito Brasileiro: uma análise de um instituto tipicamente de *Common Law*. 2. Da compatibilidade entre os precedentes e o sistema de livre fundamentação da arbitragem à luz da Lei nº 9.307/96. 3. As consequências práticas da aplicação de precedentes na arbitragem. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a aplicabilidade dos precedentes judiciais à sistemática da arbitragem. Procura-se analisar se há compatibilização entre os dois institutos e quais seriam as eventuais consequências, tanto no âmbito teórico quando à guisa da prática.

Para tanto, serão abordadas posições da doutrina e da jurisprudência, além de contextualizar alterações legislativas que versem sobre o tema.

A dúvida tem origem na criação do Novo Código de Processo Civil de 2015, o qual estabelece que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Tudo de modo a trazer maior publicidade aos precedentes e torná-los de fácil acesso aos operadores do direito, bem como todos os eventuais membros da sociedade interessados no assunto.

O sistema de precedentes foi aplaudido por boa parte da doutrina, tendo em vista o Brasil ser considerado por muitos como possuindo pouca ou quase nenhuma segurança jurídica em relação às suas decisões judiciais, que são extremamente voláteis de acordo com o pensamento do julgador. Tal fato gera desconfiança no mercado, repercutindo na esfera



econômica. A vinculação dos juízes aos precedentes exarados pelos tribunais, portanto, serviria para garantir maior segurança nas ações judiciais, podendo a parte prever, desde logo, qual seria a solução prática de seu litígio.

Por outro lado, há o instituto da arbitragem, que teve como objetivo principal desafogar o Judiciário, criando um sistema célere e alternativo de resolução de conflitos. A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) criou mecanismos para possibilitar o julgamento de litígios que dizem respeito a direitos disponíveis, permitindo, dentre outros, que o julgador não precise ser magistrado, bem como possa nem pertencer ao ramo do Direito. Suas decisões possuem força definitiva, não podendo o Judiciário revisar o seu conteúdo, valendo inclusive como título executivo judicial - e, conseqüentemente, substituindo a função judicante.

O tema proposto é de grande importância para o Direito Processual Civil e para o Direito Empresarial, mormente em razão de discutir a aplicação de um instituto majoritariamente utilizado no âmbito das grandes empresas, que objetivam maior eficiência quanto à solução de seus conflitos.

A discussão é também de grande relevância no atual momento histórico, marcado pela criação de um novo código e a inauguração de um sistema que, devido ao escasso período de aplicação, ainda está sendo experimentado, sendo somente agora verificadas eventuais conseqüências em outros ramos do Direito.

O primeiro capítulo do presente artigo tem como objetivo analisar o instituto dos precedentes judiciais, tais como a sua inspiração nos países de *Common Law* e os objetivos almejados pelo Novo Código de Processo Civil.

Em seguida, no segundo capítulo, pretende-se descompatibilizar eventuais controvérsias acerca desse instituto em relação à arbitragem, examinando se os precedentes judiciais realmente podem ser a ela aplicados.

O terceiro capítulo pretende examinar quais seriam as possíveis conseqüências dessa aplicação, bem como eventuais soluções para os problemas levantados, de modo a manter as características da arbitragem que mais lhe são favoráveis.

A pesquisa a ser realizada a seguir utilizará a metodologia do tipo qualitativa, bibliográfica e descritiva.



1. A CONTROVERSA UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DE UM INSTITUTO TÍPICAMENTE DE COMMON LAW

Precedentes judiciais podem ser definidos como a utilização da tese formada em um julgamento anterior, chamada convencionalmente de *ratio decidendi* (razão de decidir), de modo a tomar-lhe seus fundamentos determinantes para resolver litígios subsequentes¹.

Ou seja, a intenção é que um julgamento anterior seja utilizado com efeitos *erga omnes* e vinculante, de modo a vincular a aplicação daquela mesma tese em todos os demais julgamentos para a mesma situação jurídica.

A razão de decidir é um princípio que pode ser extraído da fundamentação de um julgado, ganhando certas características típicas de uma norma, tais como a abstração e a generalidade. É o que traz os passos necessários para que o julgador chegue a um determinado resultado, as razões de ser de um determinado julgamento, o pensamento por trás da decisão.

No contexto do Código de Processo Civil de 1973², o termo “precedente” era utilizado para se referir aos julgamentos objeto da criação de súmulas, ou seja, dos julgamentos proferidos pelos tribunais superiores que, por serem decididos reiteradamente em um mesmo sentido, eram considerados para a uniformização de jurisprudência.

Já o Código de Processo Civil de 2015³ ampliou esse conceito, indicando que decisões proferidas por todos os tribunais em segundo grau podem gerar precedentes, inclusive tribunais federais e tribunais de justiça, desde que a matéria passe pelo crivo de dois novos institutos: o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência.

Ambos são incidentes de uniformização de jurisprudência, ou seja, servem para reunir a cúpula dos mais altos representantes do tribunal - plenário ou órgão especial - e decidir sobre qual será a forma que o tribunal passará a julgar questões jurídicas sobre a mesma matéria.

A intenção é gerar maior segurança jurídica, de modo que os jurisdicionados possam antever as decisões que serão proferidas por aquele tribunal, antes mesmo de decidir sobre a conveniência de ingressar ou não com a ação em busca de seu direito. Tal instituto traz maior

¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT: 2017. p. 1333.

² BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.



confiança às partes sujeitas à jurisdição, de que aquele julgamento pode ser tão previsível quanto se espera, evitando-se casos em que a parte possui a mesma causa de pedir de outra e ainda sim vê o seu pedido indeferido, somente pelo fato de que o juiz ao qual sua ação foi distribuída pensa em sentido diametralmente oposto ao de outro.

Sendo assim, o objetivo principal do sistema de precedentes é superar a incerteza decorrente de decisões conflitantes em situações idênticas, garantindo a isonomia e a eficiência, bem como conferindo maior celeridade processual.

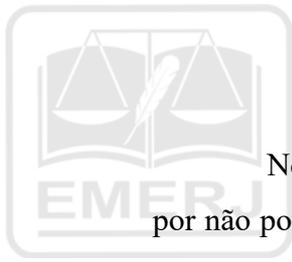
Por outro lado, tal situação limita a independência dos juízes, que podem e devem decidir conforme seus próprios entendimentos acerca do assunto, desde que essa convicção esteja baseada no livre convencimento motivado. Tal posicionamento segue o ideal de buscar a justiça do caso concreto, ou seja, decidir da maneira que entenda melhor para as partes. Esta, inclusive, é uma das maiores críticas da doutrina ao sistema de precedentes, por limitar e muito a função judicante dos juízes. Os precedentes são, pelo menos no âmbito dos países em que surgiu, quase absolutos, devendo ser aplicados indefinidamente, até que haja causa suficiente para sua modificação.

Verifica-se, portanto, que a translação do instituto de *binding precedents* típico dos países de *Common Law*, tais como Inglaterra e Estados Unidos, gera estranheza a princípio, pois os juízes brasileiros, de formação romano-germânica, não possuem muita familiaridade com tal instituto.

Segundo Luís Roberto Barroso⁴, a positivação do instituto dos precedentes no código civil trouxe como consequência a valorização da jurisprudência como fonte do Direito no Brasil, que sempre foi entendida como secundária em relação à lei. O juiz, tradicionalmente, possui uma posição inferior ao legislador, devendo prover a interpretação que entende mais compatível com a vontade exarada pela lei.

Isso porque a lei é considerada como fonte principal, trazendo comandos gerais e abstratos de modo a abranger a maior quantidade possível de casos previstos pelo legislador. Dessa generalidade, o juiz deve procurar realizar a subsunção do fato à norma, de modo a verificar se a parte possui o direito alegado. Trata-se da aplicação do método dedutivo, da norma geral para o caso concreto.

⁴ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2018.



Nos países de *Common Law*, por sua vez, esse papel é invertido, sendo conhecidos por não possuírem um ordenamento normativo tão robusto. Os juízes, portanto, possuem uma atuação mais livre, podendo decidir de acordo com as suas convicções sobre o certo e o errado. Aplica-se constantemente o método indutivo, do caso concreto para a norma geral. Em regra, todos os julgamentos geram precedentes vinculantes, sendo a jurisdição a fonte principal de Direito.

No Brasil, por sua vez, esse instituto foi implementado com uma eficácia mais restrita. Nem todas as decisões se tornam vinculantes, bem como nem todos os precedentes são objeto de reclamação, recurso que se presta justamente a garantir a eficácia de aplicação dos precedentes, assegurando a autoridade das decisões do tribunal. Sendo assim, não são objeto de reclamação o descumprimento de súmulas não vinculantes e de orientações firmadas pelo pleno e pelos órgãos especiais dos tribunais, segundo artigo 988, CPC/15⁵. Isso significa, na prática, que nem todos os precedentes possuem força normativa.

Já as súmulas vinculantes, os julgados produzidos em controle concentrado da constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as orientações oriundas do julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e de incidente de assunção de competência são considerados precedentes vinculantes, cujo desrespeito ao seu conteúdo enseja a sua cassação.

Para que o juiz de primeiro grau deixe de aplicar o precedente, deve provar que a situação das partes é diferente do caso decidido no julgamento vinculante - *distinguishing* - ou que o precedente já foi superado - *overruling* -, ou ainda, que parte do entendimento foi revogado - *overriding* - ou seja, deve justificar o porquê de não aplicar a decisão já firmada, ao invés de simplesmente enunciar os argumentos jurídicos que entende pertinentes para aquele assunto.

A modificação de precedente é, portanto, mais estanque, somente se operando em razão da revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida⁶. Tal modificação reduz significativamente a liberdade julgadora dos juízes de primeiro grau.

Por todo o exposto, é possível vislumbrar que o sistema de precedentes vinculantes trouxe uma interessante mudança de perspectiva quanto à efetiva jurisdição para o

⁵ BRASIL, op. cit., nota 03.

⁶ FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciado nº 322, 2017.



ordenamento jurídico brasileiro, bem como a forma de atuar dos juízes, de modo a reeducar o Judiciário e conferir uma prestação jurisdicional mais una e célere à população.

2. DA COMPATIBILIDADE ENTRE OS PRECEDENTES E O SISTEMA DE LIVRE FUNDAMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM À LUZ DA LEI Nº 9.307/96

Conforme art. 927 do NCPC⁷, os juízes possuem o dever jurídico de seguir e aplicar os precedentes, garantindo uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. É dever de todos os magistrados uniformizar a jurisprudência. Deste modo, para um juiz deixar de aplicar um precedente, deve realizar uma fundamentação muito mais robusta, demonstrando os motivos, naquele caso concreto, pelos quais não é possível aplicar o precedente já pacificado. Deve, portanto, realizar a distinção.

Já aos árbitros é dada a possibilidade de julgamento desvinculado das normas internas de qualquer ordenamento jurídico, ou seja, é possível que decida com base em equidade. Nesta modalidade, não julgará com base no que as leis internas dizem ser direito das partes, mas com base em seu próprio senso de justiça.

Tal preceito deriva do conceito principal da arbitragem, de permitir que as partes elejam pessoa que considerem idônea para que julgue a sua causa, decidindo da maneira que entender mais conveniente, desde que o faça de acordo com os limites interpostos pelas partes e com os termos do contrato eventualmente firmado. Isso, claro, partindo-se do pressuposto que a maior parte das pessoas que utilizam a via da arbitragem no Brasil são pessoas jurídicas e que formam contratos empresariais. O árbitro é juiz de fato e de direito da causa.

Para tanto, as partes podem escolher inclusive árbitros fora do ramo do Direito, ou seja, sem formação jurídica, tais como engenheiros e arquitetos, de modo a obter uma decisão mais técnica e menos jurídica.

Entretanto, o julgamento por equidade não é a regra e sim exceção, somente podendo ocorrer em caso de autorização expressa das partes nesse sentido, conforme art. 11 da Lei nº 9.307/96⁸ (Lei de Arbitragem). Em regra, deve o árbitro julgar de acordo com o direito positivo, sob pena de gerar insegurança jurídica e imprevisibilidade nas decisões internas.

⁷ BRASIL., op. cit., nota 03.

⁸ BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.



Não por menos que a doutrina moderna entende ser a arbitragem um tipo de jurisdição, tal qual o processo judicial. A arbitragem decorre do sistema legal e normativo brasileiro, que concede autorização aos árbitros para resolver conflitos sobre direitos indisponíveis, com partes capazes. Os árbitros, portanto, retiram sua legitimidade diretamente do ordenamento e são vinculados aos limites dados à sua atuação pela lei. O resultado é uma decisão formadora de título executivo judicial, segundo artigo 515, inciso VII, do CPC⁹.

Em sendo jurisdição, deve respeitar todas as disposições presentes no ordenamento, inclusive os precedentes, que, como já visto, foram incluídos na sistemática do Novo Código de Processo Civil como um dos objetivos a serem buscados pelos julgadores: a uniformização de procedimentos e a busca pela celeridade e efetividade das decisões.

Portanto, partindo-se da ótica que o árbitro deve, a princípio, realizar um julgamento de direito, com base no ordenamento jurídico vigente, extrai-se a conclusão de que o árbitro está vinculado aos precedentes. Não por conta da aplicação direta de dispositivos do CPC à arbitragem - o que não caberia em nenhuma hipótese -, mas pela vontade das partes de optarem por um julgamento conforme o Direito e não com base exclusivamente em equidade¹⁰. Sendo as partes as contratantes, deve o árbitro ficar vinculado ao sistema jurídico escolhido por elas para julgamento. Em sendo omissas as partes a respeito de qual ordenamento será aplicável à arbitragem, deve o árbitro utilizar as normas legais vigentes no Direito Brasileiro, com todas as suas nuances e restrições.

Nesta toada, o árbitro tem o dever de julgar em consonância com as normas legais, princípios e demais fontes de Direito. O Direito positivo, por conta da sistemática do Novo Código de Processo Civil, constitui-se de normas formadas pela legislação em geral e pelos precedentes vinculantes criados pelos magistrados, o que resultará na criação de uma norma geral a ser aplicada em todos os demais casos no mesmo sentido. Como julgador do feito, o árbitro deve seguir todas as normas aplicáveis, bem como princípios e razão de decidir.

Não poderá se afastar da interpretação dada a determinado dispositivo legal pelos tribunais, pois este recurso constitui valioso subsídio para que o árbitro, ao realizar a

⁹ BRASIL., op. cit., nota 03.

¹⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais#_ftn2> Acesso em: 21 abr. 2018.



subsunção do caso à norma, aplique corretamente o Direito no caso concreto¹¹. Se o árbitro deve seguir os precedentes firmados, com muito mais razão não poderia destoar das súmulas elaboradas pelos tribunais superiores, garantindo a legítima expectativa das partes e o respeito ao princípio da confiança.

Sendo assim, não pode o árbitro se afastar do Direito vigente, pois as partes, ao optarem por uma arbitragem de direito, possuem a legítima expectativa que um julgamento razoável e de acordo com as decisões já tomadas previamente deverá ocorrer. Caso quisessem não aplicar os precedentes, poderiam excluí-los quando da fixação da convenção de arbitragem.

Entender diferente seria ferir o princípio constitucional da isonomia, mormente casos semelhantes receberiam tratamento completamente diferente no mesmo ordenamento jurídico. Não tendo as partes optado pelo julgamento por equidade - afastando, de forma intencional, o ordenamento jurídico vigente - e correndo o risco de tal diferenciação, não teria porque receberem menos proteção do ordenamento simplesmente por terem escolhido o meio arbitral.

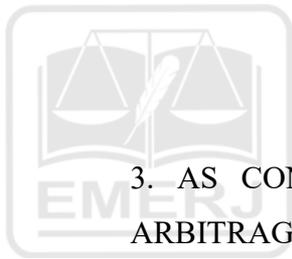
A arbitragem, pelo contrário, foi criada justamente com o objetivo de desafogar o Poder Judiciário, dentro do sistema de auto-composição das partes. Deve, portanto, ser estimulada em todas as esferas públicas.

Caso contrário, corre-se o risco da arbitragem, que já é pouquíssimo utilizada na sistemática brasileira, caia ainda mais em desuso. É imprescindível que seja assegurada às partes a certeza de que passarão por um procedimento idôneo e capaz de substituir com eficiência a prestação judicial. A lide deve ser resolvida da melhor maneira possível.

Porém, ainda que se extraia esse dever do árbitro de estar em sintonia com os precedentes judiciais, isso somente ocorrerá em escassas hipóteses. Na prática, a maioria das decisões arbitrais visam resolver uma questão de fato, dificilmente incidindo em uma divergência de interpretação de normas legais.

Ainda assim a discussão é importante, pois deve-se garantir a isonomia mesmo que percentualmente a incidência de tais questionamentos seja baixa. Ao dispor que os árbitros devem agir de acordo com os precedentes judiciais, garante-se às partes que elas não serão afetadas por uma decisão surpresa, totalmente contrária às suas expectativas.

¹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>> Acesso em: 03 set. 2018.



3. AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES NA ARBITRAGEM

Observamos acima que o árbitro deve respeitar os precedentes judiciais, desde que as partes tenham optado por um julgamento de direito utilizando o ordenamento jurídico brasileiro. Mas quais são as consequências práticas de eventual julgamento sem observâncias dessas disposições? Na prática, verificamos que o ordenamento jurídico brasileiro não oferece solução para isso.

Em tese, se o árbitro não observar o precedente judicial, configurar-se-á *error in iudicando* e não *error in procedendo*, pois diz respeito ao próprio mérito do procedimento e não a elementos formais, como no caso de elementos constitutivos e de validade da arbitragem. Em sendo *error in iudicando*, não cabe ação anulatória da sentença.

Ao Judiciário somente é possível o controle formal da decisão arbitral, ou seja, mero controle de legalidade. O controle intrínseco da justiça ou injustiça do julgamento do processo arbitral não é possível de modificação pelo juiz, ou seja, ele não pode adentrar no mérito do procedimento, sob pena de novo julgamento, mas dessa vez judicial.

Apesar dessa limitação, parte da doutrina¹² vem sustentando que, como o árbitro deve julgar a princípio por meio de arbitragem de direito, o disposto no artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI, CPC¹³ também seria aplicável a eles. O referido artigo dispõe que não pode ser considerada fundamentada decisão que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

Sendo assim, caso o árbitro deixasse de aplicar o precedente sem fazer a correta distinção do caso ou provar a superação da tese, a decisão arbitral seria passível de anulação porque considerada sem fundamento¹⁴. A referida conclusão decorre do art. 32, III da Lei de Arbitragem¹⁵, que dispõe ser nula a sentença arbitral que não preencha os requisitos obrigatórios, dentre eles a fundamentação.

¹² CRUZ E TUCCI, op. cit., nota 11.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 03.

¹⁴ CRUZ E TUCCI, op. cit., nota 11.

¹⁵ BRASIL., op. cit., nota 08.



Constituindo a fundamentação um dos elementos essenciais da decisão, seria possível o controle pelo Judiciário. Não se trataria, aqui, de controle da justeza da decisão, mas sim verdadeiro controle de legalidade, por falta de um dos seus elementos constitutivos.

Por outro lado, vozes na doutrina aparecem em sentido contrário¹⁶, optando por manter o sistema fechado da arbitragem e preservar duas características que lhes são inerentes e mais interessam às partes ao optarem por tal forma de jurisdição: a celeridade e a impossibilidade da decisão ser revista judicialmente.

Ora, se as partes escolhem a arbitragem justamente para fugirem do Judiciário, com muito mais razão tenderão a evitar ao máximo a revisão judicial de suas decisões. Não faria sentido permitir ao juiz que revolvesse a matéria fática e de direito prevista no procedimento somente por conta da não aplicação do precedente.

Se as partes possuem a faculdade inclusive de escolher pessoas fora do ramo do Direito para julgarem o feito, ou seja, sem formação jurídica, não caberia tampouco vincular os árbitros a aplicarem um Direito criado pelos próprios tribunais. A solução dada pode ser exclusivamente técnica, com justificativas extra-jurídicas e sem englobar nenhum aspecto de direito material.

Ademais, a arbitragem rege-se por lei própria, não sendo aplicáveis as disposições do CPC. O artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI¹⁷ trata somente de decisões judiciais, não devendo ser estendido indevidamente à decisão arbitral, ainda que as partes optem por aplicação subsidiária do CPC à sua arbitragem¹⁸.

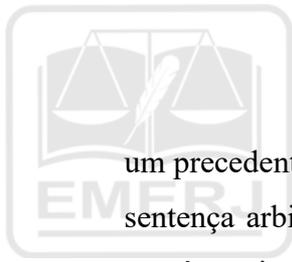
Caso o tribunal arbitral não aplique o precedente, não há nenhum recurso previsto na Lei de Arbitragem para que tal decisão seja desconstituída, o que impede qualquer discussão sobre a matéria. Muito diferente dos magistrados, que podem ter suas decisões reformadas quando não seguem o precedente vinculante e até mesmo das partes, que podem ter seu pedido indeferido de plano caso se verifique que resta contrário a súmulas ou decisões firmadas em sede de recursos repetitivos. As decisões dos árbitros são soberanas, não cabendo revisão judicial de mérito.

Ademais, se a Lei da Arbitragem não prevê possibilidade de revisão judicial nem mesmo na hipótese de violação a expresse artigo de lei, quem dirá da decisão que não aplica

¹⁶ FELIZARDO, Renata Mangualde. *A sentença arbitral deve observar o precedente judicial?*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI251426,91041-A+sentenca+arbitral+deve+observar+o+precedente+judicial>> Acesso em: 21 abr. 2018.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 03.

¹⁸ FELIZARDO, op. cit., nota 16.



um precedente judicial. O artigo 33¹⁹ fala expressamente que cabe a declaração de nulidade da sentença arbitral somente nos casos previstos na própria Lei de Arbitragem, dentre as quais não é prevista a violação a precedentes.

Finalmente, como se sabe, não é possível dar maior força ao precedente que a própria lei, tendo em vista que a lei é a fonte primeira de Direito.

Tal entendimento visa preservar a arbitragem tal qual foi elaborada, qual seja, livre de qualquer influência judicial. Dizer que a sentença arbitral poderia ser anulada por não respeitar um precedente abriria caminho para inúmeros pedidos de revisão judicial dos feitos, gerando insegurança jurídica e prolongando a lide.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível observar que o instituto dos precedentes pode ser aplicado à arbitragem, principalmente se esta for de Direito e não baseada em equidade, pois garante às partes que optaram por tal procedimento a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões.

Porém, na prática, verifica-se que tais precedentes não são vinculantes, tendo em vista que não há na Lei de Arbitragem possibilidade de anular a decisão caso o árbitro decida por não seguir o precedente. Tal é possível em países de *Common Law*, onde o instituto surgiu, porém não há ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, um remédio para isso.

O árbitro então analisará a conveniência de aplicar ou não o precedente, porém devendo sempre ter a prudência de tentar não se afastar do Direito, o que poderia gerar insegurança jurídica e decisões contraditórias. Nessa ótica, os precedentes teriam somente efeito persuasivo e não vinculante.

Ademais, não há que se falar em anulação judicial ou cabimento de reclamação para os tribunais, devendo as partes assumir o risco do julgamento proferido não aplicar um precedente que a favoreça. Também não poderá haver improcedência liminar do pedido caso esteja em desacordo com precedente já firmado anteriormente, tal como ocorre com as ações judiciais.

Todos esses riscos devem ser avaliados pelas partes antes de optarem pelo procedimento arbitral, bem como pela escolha do árbitro ou do tribunal arbitral que julgará a

¹⁹ BRASIL., op. cit., nota 08.



causa. Elas não poderão impugnar a decisão arbitral judicialmente, pois a aplicação dos precedentes diz respeito à justiça da decisão, ou seja, ao próprio mérito da causa, e o Judiciário somente analisa questões formais e de legalidade, não materiais. As partes ficam adstritas ao bom senso do árbitro de aplicar os precedentes judiciais existentes, ou seja, dependente da escolha de um bom árbitro para a sua causa.

Na prática, é provável que as partes já possuam noção da tendência decisória do tribunal arbitral antes de optar por sua atuação. Ainda assim, as partes deverão se conformar com a solução dada por ele.



REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais#_ftn2> Acesso em: 07 mai. 2018.

BARUFFI, Ana Cristina. A arbitragem como alternativa de solução de conflito e a construção de modelos de referência - Teoria de W. Mark C. Weidemaier. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, 2014.

BERGER, Renato. Em prol da "jurisprudência" arbitral societária. *Revista de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, 2015.

BENEZUDI, Renato Resende; MELO, Leonardo de Campos. *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 853152/RS*. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600374969&dt_publicacao=19/12/2016>. Acesso em: 21 abr. 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>> Acesso em: 21 abr. 2018.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro vis-à-vis os poderes do juiz no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 2017.

FELIZARDO, Renata Mangualde. *A sentença arbitral deve observar o precedente judicial?*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI251426,91041-A+sentenca+arbitral+deve+observar+o+precedente+judicial>> Acesso em: 18 jun. 2018.



JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Rio de Janeiro, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, DANIEL. O Novo Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 3 ed., 2017.

TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista do Processo*, São Paulo, 2018.



INCENTIVOS FISCAIS PARA AS EMPRESAS QUE CONTRATAM A MÃO DE OBRA DE EX-DETENTOS E SEUS REFLEXOS NA DIMINUIÇÃO DA REINCIDÊNCIA

Gleyce de Mattos Alcântara

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes.

Resumo – diante do contexto de superlotação e decadência do sistema carcerário em que a sociedade carcerária brasileira vive, bem como os problemas estruturais e o alto grau de reingresso dessa população carcerária aos presídios, caracterizando a reincidência, o sistema prisional fica desacreditado no seu principal objetivo que é a ressocialização dos que foram condenados por algum crime e cumpriram sua pena. Todavia, mediante políticas públicas dadas pelo Estado às empresas na contratação de mão de obra dos ex-detentos é possível vislumbrar uma mudança de cenário, diminuindo as taxas de reincidência e possibilitando um recomeço para aqueles que ficam marginalizados após cumprirem algum tipo de pena e que possuem pouca possibilidade de ingresso no mercado de trabalho.

Palavras-chave– Direito tributário. Incentivos fiscais. Extrafiscalidade. Tributos. Condenação. Pena. Prisão. Reincidência.

Sumário – Introdução. 1. Os tributos em espécie e seu caráter parafiscal e extrafiscal 2. Aplicação das penas no Brasil e a atual situação carcerária no país 3. Os incentivos fiscais dados às empresas na contratação da mão de obra de ex-detentos pode diminuir a reincidência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a possibilidade de aplicação dos incentivos fiscais para que a taxa de reincidência dos ex- detentos possa ser combatida de maneira prática e eficiente, criando uma situação de mutualismo entre os empresários brasileiros e o incentivo a contratação da mão de obra de pessoas que cumpriram sentença e conseqüentemente estiveram presas na prática.

O alto índice de reincidência das pessoas que cumpriram pena no Brasil é um dos mais altos do mundo. A partir de uma visão é pertinente conciliar os incentivos fiscais e combater esse problema social, buscamos apresentar uma solução para tal problemática.

No primeiro capítulo será abordado a temática do direito tributário no ordenamento jurídico, como os tributos são criados e implementados no cotidiano do país, sendo o



recolhimento de tais tributos a principal fonte de renda no Estado para custear os serviços básicos que serão prestados para a população.

Abordará também o caráter fiscal e parafiscal dos tributos, onde será apresentado que os tributos não possuem apenas um viés arrecadatório, mas também de controle social e econômico, sendo tais características presentes no texto constitucional.

O segundo capítulo relata a atual situação carcerária no Brasil e como as penas privativas de liberdade são aplicadas no ordenamento jurídico penal.

Finalmente, no terceiro, é último capítulo, será abordada a possibilidade de como os incentivos fiscais podem ser usados pelo Estado para combater e diminuir o índice de reincidência dos ex detentos.

A metodologia aplicada nessa pesquisa é o método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o pesquisador identificou um conjunto de preposições hipotéticas que funcionam, no caso, como premissas, para analisar a problemática apresentada.

A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, focando na utilização da legislação, jurisprudência e doutrina visando, dessa forma, sustentar os argumentos que melhor se coadunam com sua tese.



1. OS TRIBUTOS EM ESPÉCIE E SEU CARATER PARAFISCAL E EXTRAFISCAL

A criação do modelo da sociedade contemporânea se tornou possível com a criação de um Estado Unitário, a sociedade abriu mão de seu direito natural e passou o poder para as mãos do Estado.

Quando o Estado foi criado e corporificado, tomou para si responsabilidades para com a sociedade, no que tange à coordenação e organização de atividades que beneficiem as pessoas que compõem esse Estado.

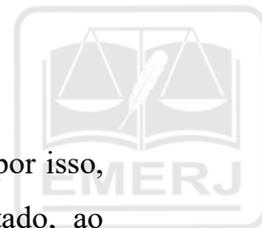
Logo, para que possa funcionar perfeitamente e se manter, o Estado recolhe tributos, que é considerado à principal fonte de arrecadação de renda, tal recolhimento só é possível, uma vez que o Estado detém o poder de tributar sendo tal poder uma característica da soberania estatal. Todavia, tal fonte é limitada pela Constituição justamente para evitar que o Estado possa se exacerbar no recolhimento de renda e, conseqüentemente, sobrecarregar os cidadãos.

O Código Tributário Nacional em seu texto legislativo faz menção do conceito de tributo, sendo essa a definição legal adotada pela doutrina pátria. De acordo com o art.3º do Código Tributário Nacional “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo o valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”¹.

Quando a lei fala de pagamento do tributo mediante prestação pecuniária ou valor cujo nela se possa exprimir delimita o pagamento dos tributos apenas em valores pecuniários, ou seja, não aceita, que o pagamento do tributo seja realizado de outra maneira, por exemplo, um contribuinte não pode pagar seu crédito tributário referente ao Importo Territorial Rural com um quinhão de sua propriedade rural.

Os tributos não possuem natureza punitiva e sim arrecadatória, com viés de manter o estado do bem estar social, ou seja, quando o Estado tomou para si funções como promover educação, moradia digna, saúde e lazer albergou responsabilidades para com seus cidadãos e tais responsabilidades geram custos que são arcados com a arrecadação de impostos.

¹ BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/LEIS/L5171.htm>> Acesso em: 05 out. 2018.



Já, as multas, surgem mediante uma sanção de algum ato ilícito praticado e, por isso, sua natureza pode ser interpretada como de intuito punitivo compulsório. O Estado, ao executar seu *ius puniendi* no direito tributário não vislumbra arrecadar dinheiro para suprir suas atividades e sim um caráter pedagógico, visando desestimular atitudes ilícitas do sujeito passivo.

Os tributos podem ser estipulados em regra mediante Lei Ordinária, todavia, existem casos em que será possível a criação dos tributos por medida provisória, hipótese incluída no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Emenda Constitucional 32/2001² e por Lei Complementar, por exemplo, no caso dos empréstimos compulsórios, que são tributos de competência exclusiva da União criados mediante hipóteses de guerra externa ou sua eminência e calamidade pública conforme previsto no art. 148 da CF/88³.

A relação jurídica tributária começa com o surgimento do fato gerador de um tributo que, conseqüentemente, faz nascer à obrigação tributária. De acordo com o art. 114 do CTN⁴, o fato gerador da obrigação principal é a situação definida por lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Um tributo só poderá ser cobrado pelo ente responsável comprovado o surgimento do fato gerador que dê causa a tal cobrança. Seria o pontapé inicial de toda a relação jurídica, aquilo que dá razão a todo o procedimento adotado, por exemplo, o fato gerador do Imposto sobre bens imóveis urbanos (IPTU) é o fato de o contribuinte ter um bem imóvel dentro das características descritas no texto legal do imposto.

Ao mencionar a regra de incidência espacial do tributo, isso significa dizer que está relacionado ao local em que o fato gerador ocorreu, será aquele responsável pela cobrança e arrecadação do tributo. Todavia, é corriqueiro que a lei não traga em seu corpo legal o local onde deverá ser realizado o recolhimento do tributo, nesse caso de acordo com o CTN deverá ser utilizada as regras de domicílio tributário presente no art. 127⁵.

O domicílio tributário, em regra, é de livre escolha do sujeito passivo, podendo ser, nesse caso, o contribuinte ou responsável tributário da relação tributária. Quando o sujeito passivo é uma pessoa natural o seu domicílio tributário será no caso sua residência habitual, tal conceito, ao ser analisado dentro das regras do direito civil, seria aquele local em que a

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html. Acesso em: 05 out. 2018.

³BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴Ibid.

⁵Ibid.



pessoa estabelece residência fixa, ou seja, a pessoa poderá ser encontrada, podendo ser esse local até mesmo aquele em que exerce sua atividade laborativa.

Nos casos das pessoas jurídicas o domicílio tributário é aquele em que exerce suas atividades, de acordo com Nelson Rosenvald⁶, O domicílio da pessoa jurídica é, então, a sua sede jurídica. Isto é, o seu domicílio será o local em que se exerce as suas atividades habituais, em que tem o seu governo, a sua administração e direção, ou ainda, o local que estiver indicado nos seus atos constitutivos.

O sujeito ativo da relação tributária é a pessoa jurídica de direito público que possui a titularidade da competência para exigir o pagamento e cumprimento da obrigação tributária. No caso, seriam os entes federativos e as autarquias, uma vez que o conceito de Fazenda Pública pode ser estendido a essas pessoas jurídicas de direito público, como por exemplo, o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) possui competência para cobrar os valores correspondentes a seguridade social mediante controle do Ministério da Previdência.

O sujeito passivo é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, sendo subdivido em duas espécies o contribuinte e o responsável tributário. Independente dessa divisão de espécies, para que se possa viver em sociedade todos os que vivem nela pagam algum tipo de tributação, pois a mesma está embutida até mesmo na compra de uma simples fruta na feira, logo é possível dizer que todos pagam tributos ao Estado.

Os tributos no sistema tributário nacional não possuem apenas uma função de arrecadatória, é possível verificar outras funções destinadas ao recolhimento de pecúnia oriunda dos impostos, logo os tributos adquirem não apenas a função fiscal, como também a função extrafiscal e parafiscal.

Os tributos não possuem apenas um viés arrecadatório, também é possível observar um viés de controle social e econômico, advindo tais viés do próprio texto constitucional.

De acordo com o doutrinador Paulo de Barros Carvalho⁷“os signos de fiscalidade, extrafiscalidade e parafiscalidade são termos usualmente empregados no discurso da Ciência do Direito, para representar valores finalísticos que o legislador imprime na lei tributária, manipulando as categorias jurídicas postas à disposição.”

⁶ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodium. 2017, p. 462.

⁷CARVALHO, Paulo Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva 2002, p.227.



A função fiscal dos tributos tem como objetivo principal a arrecadação de recursos que será voltada ao ente federativo responsável pela instituição daquele tributo específico, como por exemplo, a incidência do Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor (IPVA), que é recolhido pelo Estado e seu sujeito ativo são todos os proprietários de veículo automotor, de acordo com o art.155, inciso III e §6º da CF/88⁸.

Na parafiscalidade ocorre a delegação da capacidade tributária ativa, isso é, o ente possui a capacidade de cobrar e recolher o tributo que criou, logo pode também realizar o recolhimento da pecúnia referente a este tributo.

Quando o produto da arrecadação é recolhido por outra pessoa que não o ente responsável pela criação do tributo, ocorrerá a delegação da capacidade tributária ativa. Tal característica deverá ser estipulada mediante lei, ou seja, a lei tributária irá nomear outro sujeito ativo para que esse possa realizar o recolhimento de um tributo e o produto dessa arrecadação irá ser destinado àquela pessoa que o arrecadou, sendo que tal medida visa a ajudar determinadas entidades, como por exemplo, no caso de arrecadação feita para o custeio de contribuições sociais destinadas a seguridade social.

A entidade parafiscal poderá fiscalizar e arrecadar o tributo, apesar de não possuir a capacidade tributária plena que determinada que os entes possuem para legislar, criar, instituir e arrecadar os tributos, logo apenas pode ser delegada a arrecadação e a fiscalização dos tributos.

O tributo adquire finalidade extrafiscal quando seu objetivo é de intervir numa determinada situação social ou econômica, ou seja, o Estado visando desestimular ou estimular uma determinada situação poderá majorar ou instituir um tributo. Também será possível a criação, mediante Lei de algum tipo de incentivo fiscal.

De acordo com o princípio da legalidade tributaria, os tributos apenas podem ser criados, extintos e ter suas alíquotas majoradas ou reduzidas mediante Lei Complementar, de acordo com o art. 146, da Constituição Federal⁹. Porém, tal principio não é absoluto, podendo ser flexibilizado diante de certas exceções como mediante ato do Poder Executivo, que possui competência para criar um decreto que pode reduzir a alíquota de certos impostos como o Imposto de Importação, Imposto de Exportação, Imposto sobre Produtos Industrializados e o

⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁹ Ibid.



Impostos sobre Operações de Créditos, Câmbio e Seguros, que de acordo com o art. 153, §1º da Constituição Federal¹⁰ são impostos extrafiscais reguladores de mercado.

Tais impostos são uma exceção ao princípio da reserva legal e sua finalidade na economia brasileira é de regulamentar o mercado em favor da economia nacional, logo seu alcance vai muito além da simples arrecadação de receitas para os entes federativos, havendo uma relação direta com os deveres constitucionais de manter a ordem social, política e economia do país e assim resguardar a indústria nacional.

Os incentivos fiscais são instrumentos da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR), que visam à integração nacional. Ou seja, as áreas mais desenvolvidas do Brasil não as regiões Sul- Sudeste, se analisado o contexto histórico nacional, a colonização das terras brasileiras se originou na parte litorânea do Brasil, tendo a atenção dos colonizadores voltada para a região Sudeste, e que com o passar do tempo se alastrou para as regiões Sudeste e Nordeste. Todavia, as regiões onde há maior concentração de riqueza e indústria no Brasil são as regiões Sudeste e Sul.

De acordo com o art. 151, I da Constituição Federal¹¹, a União poderá conceder incentivos fiscais para certas para que certas áreas do país que não sejam tão desenvolvidas possam receber a indústria e empresários, que atraídos para tais regiões façam aquecer a economia local, com a criação de empregos e trazendo novas tecnologias e verbas.

Atualmente o Governo Federal, visando ao desenvolvimento da Região Amazônica e Nordeste, criou cinco modalidades de incentivos fiscais, onde cada uma delas está voltada para uma finalidade específica. São Elas: redução de até 75% do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) para novos empreendimentos, redução de 12,5% do IRPJ para empreendimentos existentes, reinvestimentos do IRPJ, isenção do Adicional de Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) e depreciação acelerada¹².

Tal medida presente no texto constitucional visa o completo desenvolvimento de todas as regiões do país, e ao se analisar dentro de um contexto geográfico populacional, é possível que tais incentivos diminuía a migração de pessoas que buscam, nas regiões mais desenvolvidas do país, emprego, moradia digna e acesso a direitos básicos como saúde e educação.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹²BRASIL. Ministério da Integração Nacional. *Apresentação aos incentivos fiscais*. Disponível em: <<http://www.mi.gov.br/apresentação-acentivos-fiscais>.> Acesso em: 09 set. 2018.



Logo, a função dos tributos, como dito anteriormente, não está apenas direcionada ao recolhimento de pecúnia buscando manter o Estado e conseqüentemente as funções estatais inerentes a toda a sociedade, é algo maior e mais abrangente, possibilitado pela Constituição, dando uma característica social com vistas a concessão de fins diversos, do que apenas ao fim arrecadatório.

2. APLICAÇÃO DAS PENAS NO BRASIL E A ATUAL SITUAÇÃO CARCERÁRIA NO PAÍS

O processo de execução penal brasileiro é regulamentado pela Lei de Execuções Penais¹³, pelo Código Penal¹⁴ e auxiliado também pelo Código de Processo Penal¹⁵. Tais legislações se aplicam em todo trâmite processual, desde o oferecimento da denúncia feito pelo Ministério Público até a execução da pena realizada pelo juiz da Vara de Execuções Penais, ou seja, até o réu ser acusado do fato típico, ilícito e culpável mediante índices de autoria e materialidade ele sofre um árduo processo que pode se arrastar por anos.

No sistema penalista brasileiro existe a previsão de aplicação da pena como as penas restritivas de direito, as penas restritivas de liberdade e a pena de multa que possui característica de penalidade pecuniária.

A penalidade pecuniária é uma sanção penal de cunho patrimonial, que será decretada ao apenado para efetuar o pagamento ao fundo penitenciário determinado o valor que lhe é devido, logo é uma medida alternativa do poder punitivo do Estado, e o seu não pagamento não gera mais uma pena privativa de liberdade; e tal dívida se torna uma dívida ativa da Fazenda Pública, de acordo com a Lei nº 6830/80¹⁶.

Apesar de o sistema penal brasileiro ter base na Teoria Mista ou Unificada da Pena que defende a reprovação e prevenção do fato típico, ilícito e culpável, tais finalidades

¹³BRASIL. *Lei nº 7.210* de 11 de Julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.html> Acesso em: 09 set. 2018.

¹⁴BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848* de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 09 set. 2018.

¹⁵BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689* de 3 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.html> Acesso em: 09 set. 2018.

¹⁶ A Lei 6830/80 trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, logo é possível construir o entendimento de que a dívida penal se torna uma dívida ativa em face do Estado Gestor.



presentes no texto legal, especificamente no art. 59 do Código Penal¹⁷, não conseguem cumprir tais finalidades que é a prevenção e a reprovação.

No art.5º, inciso XLVII da Constituição Federal¹⁸, em seu texto disserta que não haverá penas de morte, de caráter perpétuo os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis, todavia, essa não é a realidade do sistema carcerário brasileiro.

Todavia, o sistema carcerário nacional não possui estrutura para a garantia desses direitos presentes na Constituição, bem como outros direitos básicos, também constitucionalmente previstos, como saúde, segurança e condições mínimas de salubridade, e não garante que o preso, ao finalizar o cumprimento de sua pena privativa de liberdade, por exemplo, consiga ser reinserido na sociedade, o que causa um estigma perpétuo de ex- detento e, conseqüentemente, o encaminha novamente a uma vida de reincidência criminosa por falta de oportunidade do mercado de trabalho; em suma os presídios brasileiros se tornaram um depósito de condenados e indesejados, como aconteciam com as prisões medievais. Diante de tais irregularidades e descumprimentos aos direitos humanos foi pleiteado a implementação no sistema penitenciário brasileiro um Estado de Coisas Inconstitucionais.

O Supremo Tribunal Federal no ano de 2015 julgou a Medida Cautelar na ADPF nº 347¹⁹, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, sob o requerimento do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) que fosse declarado no sistema penitenciário o Estado de Coisas Inconstitucional. Essa classificação tem origem na Corte Constitucional Colombiana que no ano de 1997 utilizou tal expressão para caracterizar a situação penitenciária no país, frente a incontáveis violações dos direitos humanos e assim devido a decretação de tal estado a Suprema Corte poderia atuar nos presídios e corrigir a situação caracteriza como degradante e inconstitucional.

No Brasil, o pedido formulado na ADPF nº 347 pleiteava que o Supremo Tribunal Federal interferisse na calamitosa situação carcerária em que se encontrava (e se encontra) os presídios no Brasil, com a criação de políticas públicas paliativas, ou seja, que erradicassem a curto prazo as graves violações aos direitos humanos, a alocação de orçamentos e a utilização

¹⁷ BRASIL. op.cit. nota 13.

¹⁸BRASIL. op. cit. nota 2.

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal *Ação de descumprimento de preceito fundamental nº347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>
Acesso em: 23 set. 2018.



do fundo penitenciário para obras emergenciais nos presídios e a aplicação e reavaliação da ordem processualista penalista, visando assim, redução em um antigo problema dos presídios que é a superlotação de presos e as condições de encarceramento que são impostas aos detentos.

É de conhecimento da sociedade jurista e antropológica voltadas a estudos comportamentais, que o atual sistema carcerário brasileiro, infelizmente, não cumpre sua principal função que é a ressocialização do presidiário no seio da sociedade, e mediante um quadro que se apresenta uma situação de reiteradas violações aos direitos humanos, o sistema penitenciário oferece um cumprimento de penas cruéis e degradante criando uma realidade preocupante na qual o Estado falha vertiginosamente em seu dever de ressocializar.

Tal pedido de declaração de Estado de Coisas Inconstitucional visava à Corte Suprema do Judiciário pátrio solucionasse e reconhecesse que existe uma situação insustentável de violação dos direitos humanos nos presídios brasileiros, onde o Estado se omite em sua função de cumprir e garantir direitos básicos e mediante a inércia do Poder Público como um todo, tal quadro explodisse em uma onda de violência que não apenas atingiria os internos nos presídios, mas se espalharia por toda a sociedade, tornando-a refém. Logo, apenas profundas modificações estruturais na atuação do Estado e conjuntamente a atuação de autoridades estatais ligadas ao procedimento penal e prisional poderiam alterar tal situação considerada inconstitucional.

Porém, apesar de todo um quadro generalizado e amplamente divulgado de violações aos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal concedeu de maneira parcial a medida liminar e deferiu entre os pedidos feitos que fossem realizadas audiências de custódia no prazo máximo de 90 (noventa) dias e que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

Importante ressaltar que o Supremo ainda não julgou de maneira definitiva o mérito apresentado na ADPF, porém reconhece que o sistema prisional realmente apresenta violações graves e de maneira congênita aos direitos fundamentais dos encarcerados.

Logo, diante de tal quadro apresentado, é importante ressaltar que não basta o Estado cercar a liberdade, ele deve também garantir que o preso, ao passar para a sua custódia não abdicará de sua dignidade como pessoa, devendo garantir condições no mínimo dignas para garantir a sua sobrevivência dentro do sistema prisional.



Não há como ter uma tutela do Estado sem o Estado, ou seja, para se tornar legítima sua atuação, o Poder Público deve garantir que a Constituição se cumpra, pois as penas cruéis apesar de constitucionalmente proibidas, infelizmente, são parte da realidade apresentada nos presídios, pois ao invés de ressocializar ocorre o efeito contrário, devido à negligência do Estado ocorre o aumento e fomento da criminalidade nos presídios, que se transformaram numa espécie de “escola do crime”, fator esse que pode ser comprovado mediante a alta taxa de reincidência que o sistema carcerário nacional apresenta.

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça²⁰, um em quatro condenados reincide no crime, tais dados são alarmantes e apontam que o sistema não funciona.

Mediante essa constatação, o Estado deve trabalhar de maneira árdua e exemplar nas garantias de condições mínimas aos detentos para que não seja necessária a intervenção do poder judiciário diante da incapacidade apresentada pelas instituições do Estado.

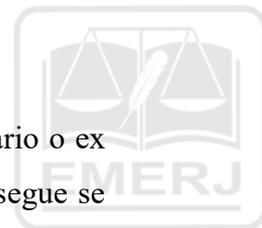
3. OS INCENTIVOS FISCAIS DADOS ÀS EMPRESAS NA CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA DE EX- DETENTOS PODE DIMINUIR A REINCIDÊNCIA

Apesar de no Brasil não existir prisão perpétua, a condenação penal acaba acarretado um estigma de ex-detento, sendo negado a esse preso o seu direito ao esquecimento, ou seja, lhe é negada a chance de recomeçar sua vida após o cumprimento da pena, seja por falta de especialização no mercado ou por preconceito.

Diante dessa realidade pragmática é possível mudar a realidade dessas pessoas que foram condenadas e cumpriram pena com a criação de incentivos fiscais para a contratação dessa mão de obra dos ex- condenados pode quebrar esse estigma social e ajudar para que esse ex- condenado não volte à criminalidade. Assim, a sociedade como um todo ganha com essa política de diminuição da reincidência com a utilização de criação de incentivos fiscais para as empresas que contratarem a mão de obra de ex- detentos.

O cumprimento de pena gera no caso uma penalidade perpetua, um estigma social de que a pessoa que cumpriu uma medida penalizadora está marcada pelo resto de sua vida. Tal

²⁰BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa.* Disponível em: < <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79833-um-em-quatro-condenados-reincide-em-crime-aponta-pesquisa>.> Acesso em: 23 set. 2018.



situação gera um ciclo de retorno as cadeias publicas, pois ao sair do sistema carcerário o ex detento não consegue inserção no mercado de trabalho e conseqüentemente não consegue se sustentar nem a sua família, o que acaba o direcionando a realizar novos delitos e novamente se inserir no sistema penal, gerando assim a reincidência.

A reinserção do ex detento novamente ao sistema carcerário gera custos ao Estado, a população carcerária não é considerada economicamente ativa, ou seja, não é força de trabalho que gera renda na economia. Se o Estado investisse na capacitação dessa mão de obra dos presidiários que ainda estão cumprindo sua pena a situação poderia ser muito diferente.

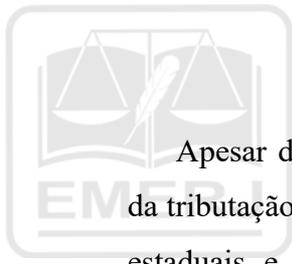
O sistema tributário nacional entende ser possível que o Estado, mediante legislação pertinente conceda incentivos fiscais.

O incentivo fiscal pode ser usado como um instrumento para estimular atividades específicas, com prazo determinado e constituir uma opção de uma empresa ou uma pessoa física direcionar uma parte dos impostos que seriam pagos por elas, para uma contribuição que desenvolverá um projeto que beneficie toda a sociedade. Ou seja, o ente competente que tem competência para recolher tal imposto abre mão de uma parte desses recursos para incentivar frentes que executam iniciativas de cunho cultural, social, esportivas e relacionados com a saúde, criando uma rede de apoiadores em varias áreas.

É possível que tal medida de renúncia fiscal seja realizada por pessoas físicas e jurídicas, podendo ser aplicadas por todos os entes federativos, uma vez que tais entes possuem competência tributária de criar e instituir impostos.

A utilização de leis de incentivos fiscais para as pessoas jurídicas, como as empresas, podem receber incentivos fiscais de impostos federais, as deduções são feitas a partir do imposto de renda, todavia, tais empresas precisam ser tributais com base no seu lucro real, pois se a empresa recolhe seus tributos com base no seu lucro presumido ou arbitrado não poderá ser beneficiária de incentivos fiscais, o mesmo impedimento também será aplicado a empresas que optaram pelo Simples Nacional.

As empresas que recebem incentivos dos entes estaduais e municipais, o seu regime de tributação não será tão limitado quanto ocorre nos impostos federais, pois tais incentivos não criarão impactos na apuração de tributos estaduais como o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).



Apesar da diferença entre os regimes adotados pelas empresas relacionadas à incidência da tributação, todas as empresas beneficiadas, tanto por incentivos fiscais de tributos federais, estaduais e municipais deverão apresentar certidão de débitos negativa. O objetivo da apresentação de tal certidão negativa é provar que a empresa está em dia com o Fisco, todavia, outras documentações mais específicas poderão ser solicitadas à pessoa jurídica, dependendo da exigência de cada lei.

Diante de tal possibilidade de benesse para as empresas, é possível apresentar uma proposta de incentivos tributais às empresas que contratassem a mão de obra de pessoas que já cumpriam algum tipo de penalidade, direcionando, de maneira mais específica aquelas pessoas que cumpriram penas nos regimes fechados ou semiaberto, pois são aquelas que enfrentam maiores dificuldades de se inserirem no mercado de trabalho.

No ano de 2010, no Senado Federal, foi apresentada uma proposta de lei, com a iniciativa da senadora, Marisa Serrano que redução do Imposto de Renda para as empresas que contratassem a mão de obra de ex- presidiários. A PLS70/10²¹ trazia em seu texto a possibilidade de empresas tributadas com base no seu lucro real serem beneficiadas com a dedução do Imposto de Renda, os tributos seriam recolhidos normalmente, porém as empresas poderiam abater os valores correspondentes ao lucro real na contratação dos ex- detentos.

A proposta estabelecia o abatimento dos valores correspondente às contribuições pagas à Previdência Social, ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), ao salário-educação, às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, ao instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e ao seguro contra os riscos de acidentes de trabalho, bem como e garantia uma estabilidade de dois anos para empregados contratados.

Infelizmente, tal Projeto de Lei foi arquivado no final da Legislatura da ex- senadora, e sua tramitação foi encerrada.

No caso, seria na esfera de investir na mão de obra que o sistema tributário nacional, conjuntamente com a criação de incentivos fiscais poderia mudar essa realidade. Apesar do direito tributário de ser uma matéria de direito raramente associada ao direito penal encontra uma solução viável ao problema da reincidência, permitindo que o Estado crie soluções

²¹BRASIL. *Projeto de Lei Senado nº70/10*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96017>> Acesso em: 09 set. 2018.



alternativas a essa problemática, demonstrando que mediante a criação de incentivos fiscais poderá reinserir os egressos das prisões novamente no mercado de trabalho, incentivando as empresas a criação do oficinas de emprego e qualificação profissional.

A questão de associar incentivos fiscais para as empresas conjuntamente com o emprego de mão de obra de ex- detentos e conseqüente diminuição da reincidência não é uma questão apenas de vantagem fiscal para os empresários e diminuição do reingresso nas cadeias públicas e menos custos para o Estado, está ligado a questão da própria dignidade da pessoa humana, de conseguir prover se próprio sustento e recuperar seu lugar na sociedade e desse modo deixar para trás, através de uma oportunidade de emprego seu passado como ex detento e se reintegrar totalmente ao seio social .

CONCLUSÃO

A problemática da superlotação carcerária, o sucateamento dos presídios são fatores que colaboram para que o presidiário brasileiro não consiga se ressocializar dentro do sistema carcerário, ocorrendo, todavia, o efeito contrário, o Estado não consegue realocar esse presidiário que, ao sair do sistema carcerário, tenta ingressar ou reingressar no mercado de trabalho, porém, não obtém êxito e acaba cometendo outros atos ilícitos e penalmente recrimináveis e, conseqüentemente, retornam aos presídios, gerando assim um efeito cíclico de reincidência nos presídios.

Visando a evitar que esse ciclo se torne vicioso, aponta-se uma solução para o caso de reingresso no ex- detento novamente no sistema penitenciário, qual seja, a possibilidade do Estado criar, mediante legislação pertinente, incentivos fiscais para as empresas interessadas em contratar a mão de obra dos ex- detentos. Uma relação mutualística entre Estado e empresários e a sociedade, em que será possível beneficiar os empresários no pagamentos dos tributos, o Estado no que tange a diminuição da reincidência e a sociedade na diminuição da violência e no ingresso de novas pessoas no mercado de trabalho, o que também movimenta a economia.

É possível verificar que, apesar das altas taxas de reincidência dos condenados no Brasil, é possível com a criação de uma política pública de inclusão reinserir essas pessoas no mercado de trabalho.



Um dos principais problemas que os ex- detentos têm é a marginalização que sofrem por já terem ingressado no sistema carcerário. Apesar de na Constituição a pena não ter o caráter perpetuo, infelizmente esse estigma de ex- detento persegue aqueles que já cumpriram sua pena.

Se o mercado de trabalho não abre os braços para essas pessoas que, já possuem baixa escolaridade e não recebem nenhum tipo de incentivo para reingressarem ou ingressarem no mercado de trabalho, esses reincidentes optarão pelo reingresso a mundo do crime, já que não tem outra opção.

O Estado, ao criar uma política de incentivos fiscais para as empresas contratarem e investirem nessa mão de obra dos detentos ainda em suas unidades carcerárias e nos ex- detentos ao saírem de seus regimes ou ainda no cumprimento do mesmo nos casos do regime semiaberto ou aberto, não irá devolver apenas a dignidade das pessoas estigmatizadas pela sociedade como também ajudam na diminuição considerável da criminalidade e no reingresso dessas pessoas no seio social, dando-lhes uma segunda chance e assim ajudando na diminuição da reincidência e conseqüentemente na violência que assola o nosso País.

REFERÊNCIAS

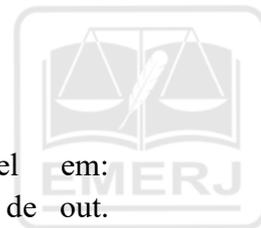
ALEXANDRE. Ricardo. *Direito Tributário*. 12 ed. Salvador: Juspodium. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa*. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>> Acesso em: 23 set.2018.

_____. *Emenda Constitucional nº 32* de de11 de Setembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm> Acesso em: 21 out.2018.

_____. *Lei nº 3.689* de 3 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 21 out. 2018.



_____. *Lei n° 2.848* de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm.> Acesso em: 21 de out. 2018.

_____. *Lei. n° 5172* de 25 de Outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm.> Acesso em: 21 out. 2018.

_____. *Lei n° 7.210* de 11 de Julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm.> Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de descumprimento de preceito fundamental n° 347*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>> Acesso em: 23 set. 2018.

CARVALHO, Paulo Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14 ed. São Paulo: Saraiva 2002.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. Salvador: Juspodium. 2016.

ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15ed. Salvador: Juspodium. 2017.



O *HABEAS CORPUS* COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Guilherme Abramovitch May

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito – UFRJ

Resumo – O aumento das demandas judiciais, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988 exigiu respostas que garantissem o acesso a justiça e a segurança jurídica. Assim, ocorrem uma profusão de ações coletivas, inclusive com a elaboração de dispositivos jurídicos próprios. O HC coletivo (HCC) surge, portanto, como instrumento da tutela coletiva no âmbito do processo penal. O objetivo do trabalho é verificar a compatibilidade do HCC com o sistema jurídico constitucional, bem como a eficácia desse instituto para a garantia da liberdade de locomoção das pessoas, através da análise do HC nº 143.641.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. *Habeas Corpus*.

Sumario – Introdução. 1. *Habeas Corpus* como instrumento de garantia dos direitos individuais homogêneos: ruptura com o modelo liberal individualista. 2. Divergências acerca da conformidade do *habeas corpus* coletivo com o direito brasileiro. 3. A utilidade do HC nº 143.641 na proteção das liberdades ambulatoriais e os ganhos concretos o HCC. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca debater as possibilidades da utilização do *habeas corpus* coletivo (HCC) e a compatibilidade, desse instrumento, com o sistema jurídico nacional, tendo como eixo norteador o julgamento proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no *habeas corpus* (HC) nº 143.641/SP. Procura-se entender e problematizar, também, o manejo do HC como instrumento de garantia de liberdade ambulatorial, para coletividades indeterminadas.

A mais alta corte de justiça do país, o STF, reconheceu no julgamento da ADPF nº 347 a violação sistêmica e generalizada, de direitos fundamentais da população carcerária. Situação particularmente dramática vivem as mulheres, gestantes ou mães de crianças sob sua guarda. Esse quadro de precariedade atinge as mulheres presas e, principalmente, os seus filhos, nascidos ou por nascer. As crianças ficam sem os cuidados maternos, ou não raro, se encontram encarceradas com as mães, sobretudo os recém-nascidos. Já os nascituros, são privados dos direitos básicos garantidos a boa gestação materna.

É nesse panorama que o STF concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva, pela domiciliar de todas as mulheres presas que estivessem puérperas, ou fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda, exceto na hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça.



Trata-se de mudança paradigmática nos usos e alcances do HC. O HC passa a ser reconhecido pela mais alta Corte de Justiça do país, como instrumento de defesa da liberdade de locomoção, de alcance geral e para pessoas indeterminadas. Por ser decisão recente, suscita dúvidas e desafios que esse estudo procura enfrentar.

No primeiro capítulo, faz-se um recorrido histórico acerca da introdução das tutelas coletivas, e, a importância desse instrumento na proteção de direitos e no acesso a justiça. Além disso, constata-se a introdução do HC como instrumento protetivo da liberdade ambulatorial de coletividades.

No segundo capítulo, busca-se trazer os debates doutrinários relativos a conformidade jurídica do HCC com o direito pátrio. Nesse ponto são confrontadas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, de modo a verificar a recepção de instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no terceiro capítulo procura-se verificar a eficiência e utilidade do HCC, como ferramenta de tutela da liberdade de locomoção, com análise da decisão proferida pelo STF, no HC nº 143.641/SP.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo o pesquisador proposto um conjunto de hipóteses factíveis e coerentes para analisar o seu objeto, buscando ao longo do trabalho comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, na medida em que o pesquisador busca se valer da bibliografia condizente com a temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: RUPTURA COM O MODELO LIBERAL INDIVIDUALISTA

O HC é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, LXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil¹. Trata-se de remédio constitucional a ser utilizado para garantia da liberdade de toda pessoa que venha a sofrer ou se achar ameaçada de sofrer violência ou coação em seu direito de ir e vir, advinda de ordem ilegal ou abuso de poder. Segundo Marcelo Novelino²

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

² NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2017. p. 438.



tem por objetivo proteger o indivíduo contra constrições ilegais ou abusivas em se direito de ir, vir ou permanecer. Trata-se de uma garantia constitucional voltada para a proteção da *liberdade física de locomoção*, cujos traços distintivos são a celeridade da medida e o cunho mandamental da decisão.

O HC esteve presente em todas as constituições do Brasil, sendo suspenso durante a vigência do Ato Institucional nº 5, editado em 1968 no auge da Ditadura militar. A longa presença do HC na história do Brasil teve início com o Código de Processo Penal de 1823³. Tradicionalmente, foi um instrumento de proteção do direito estritamente individual. Nos primórdios do período republicano o HC era utilizado como instrumento de proteção contra qualquer tipo de coação ou violência emanada de ordem ilegal. Essa era a chamada teoria brasileira do HC, período em que a utilização dessa garantia independia do risco a liberdade ambulatorial. Quanto ao uso do HC nesse período Marcelo Novelino⁴ diz que

Durante a Primeira República, com a introdução desse instituto no sistema constitucional pátrio, surgiu a denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*, que tinha Rui Barbosa como seu principal expoente. Em face da ausência de outras garantias constitucionais na Carta de 1891, foi adotada uma interpretação ampla acerca do cabimento do *mandamus*, utilizado em diversas situações de ameaça a direitos constitucionalmente assegurados – e não apenas à liberdade de locomoção – decorrentes de ilegalidades ou abusos de poder. À época o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que a ação contemplava as situações em que a liberdade de ir e vir era meio para atingir outro direito.

Em 1926 o alcance do HC foi restringido, passando a tutelar exclusivamente a liberdade ambulatorial do indivíduo⁵. No entanto, esse instrumento seguiu em consonância com o modelo jurídico clássico, calcado na proteção do direito individual, apenas podendo defendê-lo em juízo o seu titular. Não havia espaço para demandas coletivas.

Com a modernidade, sobretudo, com as inovações legislativas advindas da Constituição Federal de 1988, diversos direitos coletivos foram incorporados ao sistema jurídico nacional. Destaca-se o direito ao meio ambiente equilibrado e a proteção ao direito do consumidor⁶. Nesse contexto, as demandas atinentes aos direitos transindividuais ganharam força e passaram a fazer parte do mundo jurídico.

³ BRASIL. *Código de Processo Penal de 1832*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm. Acesso em: 17 out. 2018.

⁴ NOVELINO, op. cit., p. 438.

⁵ SARMENTO, Daniel. *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Disponível em: http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf. Acesso em: 17 out. 2018.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.



Adiciona-se a esse cenário a multiplicação de demandas individuais que surgem diariamente no país. Com vistas a dar mais eficiência a esses pleitos buscou-se uma solução mais célere e harmoniosa, para diversos casos que apresentavam o mesmo escopo fático, mas que chegavam ao Judiciário através de ações individuais. Como destaca o Ministro Ricardo Lewandowski, no voto do HC nº 143.641⁷

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e

Assim, surge a tutela dos direitos individuais homogêneos, exercido, por exemplo, pela ação civil pública.

Nesse cenário, era natural que essas inovações chegassem no processo penal. Portanto, à luz da história, não chega a ser uma surpresa que o HC passasse a ser instrumento para proteção da liberdade ambulatorial de coletividades. Na jurisprudência, o HC, ainda, é manejado de maneira tímida, sobretudo por ser um instituto recente e de aplicabilidade desconhecida.

Conforme exemplifica Daniel Sarmiento⁸, em 2008, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul garantiu a liberdade de locomoção aos organizadores de manifestação pela descriminalização da maconha, que haviam sido ameaçados de prisão pelo Comandante da Brigada Militar⁹. Em 2013, a Defensoria Pública de São Paulo impetrou HCC, que teve a ordem denegada, em favor dos manifestantes e do direito a manifestação política¹⁰. Observa-se que, o HC passou a se utilizado, também, na defesa de direitos individuais homogêneos. Ou seja, direitos com distintos titulares, ligados por uma mesma relação de fato.

Apesar dos exemplos citados, a jurisprudência, sobretudo nos tribunais superiores, não era receptiva a tese do HCC¹¹. A possibilidade de concessão do writ para grupos de pessoas indeterminadas ou indetermináveis não era admitida pelo STF, que entendia como requisito

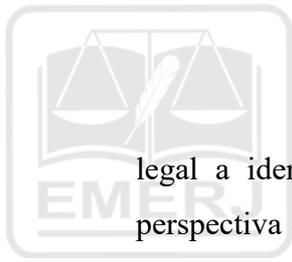
⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143641*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowski1.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018

⁸ SARMENTO, op. cit., p.8.

⁹ BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. HC nº 1080118354-9*. Juíza de Direito: Dra. Laura de Borba Maciel Fleck. Disponível em https://www.conjur.com.br/2008-mai-08/marcha_maconha_nao_apologia_uso_droga: Acesso em: 18 out. 2018

¹⁰ SARMENTO, op. cit., p.9.

¹¹ ROCHA, Jorge Bheron. *Habeas Corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>. Acesso em: 17 out. 2018



legal a identificação da pessoa com o direito ameaçado ou violado. Verifica-se que, a perspectiva do processo coletivo, ainda, não alcançava o processo penal em que predomina o individualista.

O STF parece ter admitido o cabimento do HC coletivo. É o que indica a recente decisão do Superior Tribunal Federal, que determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as puérperas presas, ou mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda, à exceção dos crimes praticados com violência ou grave ameaça¹². Trata-se de decisão paradigmática.

Embora se questione a legalidade do HCC, deve-se admitir que sua utilização ganha força, e se consolida no país. Observa-se o avanço das tutelas coletivas, parecendo natural que o HC se afirme, também, no âmbito penal, sobretudo após a decisão do Superior Tribunal Federal.

A incorporação no direito brasileiro não se faz sem críticas. Há discordância, sobretudo, quanto à eficiência do instrumento. O constitucionalista Gustavo Binimbojm¹³

vê com restrições o uso do instituto. Ele avalia que a concessão de HCs coletivos de forma indiscriminada pode gerar decisões díspares e incoerentes entre tribunais ou até mesmo dentro da mesma corte, aumentando a imprevisibilidade das deliberações judiciais e a sensação de insegurança jurídica.

Observa-se, portanto, que o HCC seguiu o movimento das tutelas coletivas, com aplicação no âmbito penal. Os motivos do uso desse instituto pelos operadores do direito são nítidos, e não se afastam daqueles que fundamentam as demais ações coletivas. No entanto, a simples boa intenção não prevalece se não estiver calcada na legalidade. Embora o STF tenha concedido a ordem em *HCC*, há divergências a respeito da legalidade do instituto.

2. DIVERGÊNCIAS ACERCA DA CONFORMIDADE DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO COM O DIREITO BRASILEIRO

Como visto, mesmo antes da decisão proferida pelo STF, já haviam ordens concedidas em HCC. Porém, mesmo com o aparente reconhecimento do instituto pela mais alta corte do país, subsistem divergências acerca da recepção do HCC pelo direito brasileiro.

¹² BRASIL. op. cit. nota 7.

¹³ BINENBOJM apud GALLI, Marcelo. *Cabimento de HC coletivo ainda divide opiniões no meio jurídico e dentro do STF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico>. Acesso em: 17 out. 2018.



Tanto a Constituição Federal, quanto o Código de Processo Penal não apresentam qualquer vedação expressa ao HCC. Assim, não parece razoável impedir uma ferramenta que tutela direitos, se não há qualquer conflito legal ou constitucional. Relegar o HC à tutela individual, não coaduna com a modernidade e a violação coletiva de direitos.

Não há direito, do ponto de vista material, se não houver uma garantia ao seu exercício. Nesse sentido afirma Daniel Sarmiento¹⁴

se a ofensa à liberdade for meramente individual, a impetração de habeas corpus individual será suficiente. No entanto, para ofensas ao direito de locomoção que apresentarem perfil coletivo, o ajuizamento de habeas corpus coletivo é a providência que mais realiza o direito à efetiva tutela jurisdicional.

Há entendimento encampado por doutrinadores e por decisões judiciais, pela negativa de ajuizamento de HCC, quando não houver a exata individualização do paciente e da identificação do constrangimento à liberdade sofrida. Essa posição retira fundamento no artigo 654, §1º do Código de Processo Penal¹⁵, o qual exige que a petição do habeas corpus contenha o nome da pessoa que sofre, ou esteja ameaçada de sofrer violência ou coação, e de quem exerce a violência, coação ou ameaça. Ademais a alínea “b” desse artigo exige a declaração da espécie de constrangimento.

Esse foi o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, que em recente decisão negou HC¹⁶ coletivo impetrado pela Defensoria Pública da União, alegando que

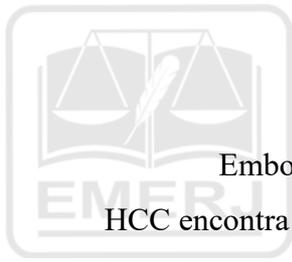
inexiste o alegado constrangimento ilegal genérico e coletivo apontado pela interpretação pretendida pela Defensoria Pública da União; havendo necessidade em habeas corpus da indicação específica de cada constrangimento ilegal que implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir, pois não se pode ignorar, nos termos da legislação de regência (CPP, art. 654), que a petição inicial conterà o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor.

A posição adotada pelo Ministro entende que, independentemente da quantidade de pacientes, todos deverão figurar na petição de HC. Ausente a individualização, tanto dos pacientes quanto do constrangimento ilegal, não pode prosperar o habeas corpus.

¹⁴ SARMENTO, op. cit., p.21.

¹⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 148459*, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC148459MinistroAM.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.



Embora respeitável e, como visto, encampada por decisões do STF, entende-se que o HCC encontra amparo legal, além de ser uma ferramenta importante na defesa da liberdade de locomoção. Desse modo, cabe enfrentar os argumentos contrários ao HCC.

Não há dúvidas que há uma exigência legal de individualização dos pacientes e do constrangimento. Essa exigência é razoável e perfeitamente entendível, já que a ordem deve objetivar garantir o direito de ir e de vir, daquele ou daqueles que estejam sofrendo constrangimentos. Portanto, em tese, uma ordem concedida para beneficiar coletividades abstratas não teria razão e utilidade. O HC visa uma solução concreta.

Existem situações em que é possível identificar a coletividade com a liberdade violada, embora a individualização das pessoas, seja tarefa complexa, que inviabilizaria a utilização do HC. Como individualizar todos os moradores de uma favela, impedidos de saírem de casa em uma ação policial? Nesse caso, exigir a descrição de cada paciente significa dizer que não há no ordenamento jurídico um instrumento hábil para garantia da liberdade de locomoção de todos esses moradores.

O mandado de busca e apreensão coletivo é utilizado com frequência no sistema criminal. O artigo 243, I, do Código de Processo Penal¹⁷ determina que o mandado de busca e apreensão deve indicar da forma mais precisa possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador. No entanto, sabe-se que esses mandados coletivos, muitas vezes são feitos sem individualizar as casas que serão diligenciadas e o nome dos respectivos moradores.

Sem tecer qualquer crítica ao uso do mandado de busca e apreensão coletivo, deve se reconhecer que, por vezes, o HCC será o principal remédio contra possíveis arbitrariedades. Seria muito complicado para a Defensoria Pública atuar na defesa da liberdade ambulatorial de uma comunidade, ou mesmo de uma rua em que policiais, sob a proteção legal do mandado de busca e apreensão, ingressam e devassam a casa de centenas de moradores.

Logo, se o artigo 5º, LXVIII, da Constituição da República¹⁸ prevê a concessão de HC para cessar a ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, não há que se falar em restrição, mas em expansão do *writ*. Como dito, deve haver sempre um instrumento adequado para defesa do direito, caso contrário, o direito seria mera previsão legal. No caso da violação à liberdade ambulatorial de coletividades, de forma não genérica, o instrumento hábil é o HCC.

¹⁷ BRASIL. op. cit., nota 15.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.



Da análise do chamado microssistema de tutela coletiva, verifica-se no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor¹⁹ que, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos previstos no código. Deve-se usar o melhor instrumento para a proteção dos direitos previstos no código consumerista. No processo coletivo, importa que a ação seja adequada e eficaz. Portanto, a ausência de previsão legal não representa a não recepção do HCC pelo ordenamento.

Quanto a legitimidade ativa, para a propositura do HCC, também há controvérsias. Ante a lacuna legislativa e a modernidade do instituto, a Segunda Turma do Superior Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 143.641²⁰ definiu que são legitimados ativos a propositura do HCC às pessoas previstas no artigo 12 da Lei do Mandado de Injunção Coletivo²¹.

Assim, segundo essa decisão, são legitimados à propositura do HCC o Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano e a Defensoria Pública. Essa medida tem grande valor, já que o instituto precisa de regulação e de segurança.

A decisão proferida no HC nº 143.641²² demonstra o avanço do HC e sua incorporação ao direito nacional. Ainda pairam críticas e aperfeiçoamentos ao instituto. Todavia, a utilização de uma ação hábil à proteção do direito de ir e vir de diversas pessoas, muitas vezes de difícil individualização, não pode ficar desprotegido, consagrando o HCC como a ferramenta adequada a sua proteção.

Em um país marcado pela desigualdade e pela exclusão social, o sistema judicial deve se colocar a altura dos desafios e das complexidades expostas pela realidade. O reconhecimento dessa situação revela o mérito do Relator do HC nº 143.641²³, Ministro Ricardo Lewandowski. O Relator afirmou que

A existência de outras ferramentas disponíveis para suscitar a defesa coletiva de direitos, notadamente, a ADPF, não deve ser óbice ao conhecimento deste habeas corpus. O rol de legitimados dos instrumentos não é o mesmo, sendo consideravelmente mais restrito nesse tipo de ação de cunho objetivo. Além disso, o acesso à Justiça em nosso País, sobretudo das mulheres presas e pobres (talvez um dos grupos mais oprimidos do Brasil), por ser notoriamente deficiente, não pode prescindir da atuação dos diversos segmentos da sociedade civil em sua defesa.

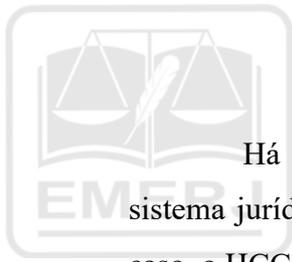
¹⁹BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 17 out. 2018.

²⁰BRASIL. op. cit., nota 8.

²¹BRASIL. *Lei 13.300/2016*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

²²BRASIL. op. cit., nota 7.

²³BRASIL. op. cit. nota 7.



Há expressa consideração da dificuldade de acesso a justiça e da importância do sistema jurídico ter mecanismos aptos a garantirem uma proteção eficiente aos direitos. No caso, o HCC é o remédio utilizado contra a violência ou ameaça de violência perpetrada contra a liberdade de ir e vir realizada de forma abusiva e ilegal.

3. A UTILIDADE DO HC Nº 143.641 NA PROTEÇÃO DAS LIBERDADES AMBULATORIAIS E OS GANHOS CONCRETOS COM O HCC

É flagrante que as ações coletivas vêm se consolidando no direito brasileiro, na salvaguarda dos direitos individuais homogêneos. No entanto, cumpre questionar se essa ferramenta, no âmbito do direito processual penal, é adequada e útil aos fins a que se destina, qual seja, a garantia da liberdade de locomoção para os pacientes.

Assim, por seu caráter paradigmático, fundamental analisar a repercussão prática do HC nº 143.641²⁴. Verifica-se que, essa decisão não produziu efeitos automáticos. Essas mulheres, que se enquadram nas condições estabelecidas por este HC, devem requerer o cumprimento da sentença junto ao Poder Judiciário.

Se por um lado a reunião de diversas demandas, em um único feito, garante maior economia e celeridade processual, por outro, a exigência de requerimento individual ao Poder Judiciário impôs obstáculo à satisfação do direito. De forma crítica, o Professor de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo, Gustavo Badaró, disse que o HC nº 143.641²⁵ é um *fake* HCC²⁶. Embora soe uma afirmação radical, não há como ignorar sua verossimilhança. Quando o Superior Tribunal Federal proferiu decisão com efeitos genéricos, sem aplicabilidade imediata, na prática não foram garantidos os direitos às mulheres.

De acordo com o relator do HC nº 143.641²⁷, Ministro Ricardo Lewandowski, a ordem é válida para quem não cometeu crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou ainda em “situações excepcionalíssimas”. A utilização dessa expressão vaga e imprecisa permite que os magistrados provocados, não apliquem a ordem concedida no HCC. De modo exemplificativo, no HC nº 2039982-60.2018.8.26.0000 julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁸ determinou-se que:

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL. op. cit., nota 7.

²⁶ BADARÓ apud GALLI, op. cit., nota 9.

²⁷ BRASIL. op. cit., nota 7.

²⁸ BRASIL. 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. HC nº 1º 2039982-60.2018.8.26.0000. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-camara-tj-sp-nega-hc-mae1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018



não há se cogitar de reconhecimento automático do direito de a paciente aguardar seu julgamento em prisão domiciliar, mormente porque referido aresto estabeleceu que, em situações excepcionalíssimas, a custódia cautelar da reclusa poderá ser mantida mesmo que se trate de agente primário e delito cometido sem violência ou grave ameaça contra a pessoa.

A 9ª Câmara Cível do TJSP em julgamento do HC nº. 2064952-27.2018.8.26.0000 também negou a aplicação do HCC proferido pelo STF com o seguinte argumento

importa registrar, também, ser de todo desaconselhável a proximidade de crianças com pessoa apontada como traficante, o que as colocaria em contato com o submundo do crime e, em especial, com razoável quantidade e variedade de tóxicos, parte deles dotada e exacerbado poder viciante.

Nota-se, sem adentrar no mérito das decisões proferidas, que a ausência de efeito automático no HCC nº 143.641²⁹, STF conjugado com a possibilidade do juízo singular não conceder a ordem, com fundamento em termo genérico, enfraqueceu o uso do instituto. A decisão do STF criou uma nova norma a ser apreciada pelos magistrados no exercício da atividade jurisdicional. Em levantamento realizado pela Defensoria Pública de São Paulo³⁰, em abril de 2018, foram identificados 3.112 casos que poderiam ser atingidos pela decisão do STF, com cerca de 800 mulheres beneficiadas pela prisão domiciliar.

O HCC visa solucionar situações de violações em série à liberdade de locomoção das pessoas. Para isso, é necessário que seus mecanismos de concretização sejam dotados de maior eficácia. Na medida em que compete ao magistrado dos Tribunais inferiores, adequar o caso concreto a ordem coletiva, cria-se em verdade novo julgamento.

Deve-se, contudo, relativizar os obstáculos à efetividade do HCC, uma vez que se trata de instrumento processual ainda em desenvolvimento, e que se adequa de forma gradual à ordem jurídica. Como sabido, o tempo do direito não acompanha as exigências sociais, ainda mais na seara da tutela coletiva, que mesmo no âmbito civil, encontra dificuldades para cumprimento e execução de sentença.

Em decisão de agosto de 2018, o Ministro Luiz Edson Fachin, na qualidade de Relator do HC nº 143.988³¹, concedeu liminar determinando a transferência dos adolescentes que excediam a capacidade da Casa de Custódia UNINORTE no Espírito Santo. Subsidiariamente

²⁹ BRASIL. op. cit., nota 7.

³⁰ VITAL, Danilo. *Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/brecha-stf-tjs-resistem-aplicar-hc-coletivo-maes-presas>> Acesso em 03 set. 2018.

³¹ CARNEIRO, Luiz Orlando. *Fachin revê posição, e concede HC coletivo a menores infratores*. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/8afb71c774916f681dcd126ad212d423.pdf>> Acesso em: 03 set. 2018



o Ministro determinou que caso não fosse possível a transferência, o magistrado deveria aplicar o disposto no artigo 49, II, da Lei nº 12.594/2012, até que a ocupação da unidade se submetesse ao percentual máximo de ocupação. Em caso de impossibilidade de cumprimento das medidas, determinou o Relator a conversão em internações domiciliares.

É nítido que houve, por parte do Ministro Fachin, um esforço para garantir maior efetividade ao HCC, verificados nos mecanismos para produção de efeitos no bojo da própria decisão. Assim, fica afastada a possibilidade de novos julgamentos individuais por magistrados. Nessa liminar já estão previstas as hipóteses subsidiárias, garantindo a força da decisão e impede o seu descumprimento.

A introdução do HCC, no ordenamento jurídico nacional, criou uma alternativa aos casos de violações sistemáticas a direitos. Em um primeiro momento, contudo, a concretização do instituto não se demonstrou efetiva na garantia da liberdade ambulatorial da coletividade. Como instrumento novo, a sua capacidade e limites vão sendo incrementadas no caso concreto. O HCC já faz parte do sistema jurídico brasileiro, sendo, diariamente, desenvolvido e aprimorado para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

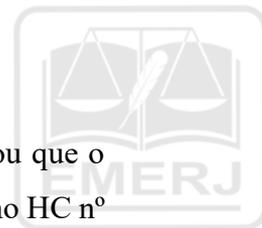
CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que o HC nº 143.641 HCC não teve a efetividade esperada na garantia da tutela das liberdades individuais. A análise dessa decisão permitiu verificar a sua insuficiência, do ponto de vista prático. Não houve repercussão imediata na vida das mulheres presas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade.

O HCC acompanhou o progresso jurídico, em particular no tocante a tutela das ações de massa. Nesse sentido, observou-se que o HCC se inseriu no ordenamento jurídico brasileiro como remédio processual apto a garantir a liberdade individual de diversas pessoas que se liguem por situação de fato. Trata-se da versão penal da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

O estudo do instituto, com especial ênfase na paradigmática decisão do STF, revelou a necessidade de se desenvolverem mecanismos de concretização da ordem concedida. A decisão do STF não permitiu, por si só, a liberdade das mulheres mães e grávidas. Diversos doutrinadores fizeram essa ponderação, alertando para a insuficiência da decisão.

Enfrentou-se as críticas doutrinárias e jurisprudências ao instituto do HCC. Diante dessa divergência, esse pesquisador se posicionou pela legalidade do instituto, muito embora



tenha buscado dialogar com as críticas e insuficiências do HCC. A pesquisa sustentou que o STF não extrapolou suas competências, ou tenha legislado quando concedeu a ordem no HC nº 143.641.

No entanto, através do raciocínio dialético concluiu-se que não há restrições ou vedações expressas ao HC coletivo no direito brasileiro. Logo, ante a ausência de limitações constitucionais ou legais, não seria possível impedir o uso desse remédio. Além do mais, pela perspectiva histórica apresentada, o HC é um instrumento elástico que já teve uso, inclusive para proteger direitos não ligados a liberdade de locomoção.

Quanto ao HC nº 143.641, estudos mostram que diversas mulheres, que se encaixam na qualidade de pacientes, não conseguiram se valer da decisão proferida. Esse foi o principal ponto que o artigo buscou revelar, qual seja, a efetividade do HC coletivo. Nesse sentido, já há decisões, inclusive no STF, que trataram de oferecer maior eficácia a decisão proferida de HC coletivo.

O entendimento realizado é de que as decisões proferidas em HCC, sobretudo nos Tribunais Superiores, devem ter força e eficácia própria. Quando não for possível, dada a multiplicidade de pacientes e de situações, a ordem deve ser concedida com reduzida margem para interpretação. Para tal, impõe-se a não utilização de termos genéricos e indeterminados. Nesses casos, a pesquisa constatou que os magistrados de 1º grau, quando provocados a cumprirem o HC nº 143.641, realizam novo julgamento de HC, alterando-se apenas o paradigma legal.

Em verdade, a decisão dada pelo STF produziu nova norma jurídica, a qual coube aos magistrados verificarem sua aplicação no caso concreto. Como a ordem concedida tinha um elevado grau de indeterminação, diversas mulheres grávidas e mães de filhos de até 12 anos tiveram a prisão domiciliar negada e seguiram em prisão preventiva.

A pesquisa concluiu que o objetivo do HC coletivo, como tutela de direitos individuais homogêneos tem grande valor para a situação sócio jurídica do país. Por um lado, garante maior eficiência, celeridade e segurança jurídica. De outro oferece importante instrumento de acesso a justiça, sobretudo porque a maioria dos “clientes” do sistema de justiça criminal são pessoas marginalizadas, sem grande suporte jurídico.

Para alcançar os objetivos pretendidos, impõe-se maior aperfeiçoamento e fortalecimento do remédio, de modo a que a se tornar um instrumento útil na proteção da liberdade de locomoção. Na basta que o HCC seja reconhecido e aceito pelo ordenamento jurídico. É preciso que ele seja efetivo para os fins a que serve.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143641*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowski1.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 148459*, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC148459MinistroAM.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *HC nº 1080118354-9*. Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, 03/05/08. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

_____. *Lei nº 13.300/2016, de 23 de junho de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

CARNEIRO, Luiz Orlando. *Fachin revê posição, e concede HC coletivo a menores infratores*. Disponível em: <https://www.jota.info/wpcontent/uploads/2018/08/8afb71c774916f681dcd126ad212d423.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018. <

CUNHA, Rogério Sanches. *STF e o 'habeas corpus' coletivo para presas: Circunstâncias da concessão e limites necessários*. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2018/07/09/stf-e-o-habeas-corpus-coletivo-para-presas-circunstancias-da-concessao-e-limites-necessarios/>. Acesso em: 17 out. 2018.

GALLI, Marcelo. *Cabimento de HC coletivo ainda divide opiniões no meio jurídico e dentro do STF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico>. Acesso em: 18 out. 2018.

LORDELO, João Paulo. *O habeas corpus coletivo na jurisprudência do STF: comentários do HC nº 143.641*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/o-habeas-corpus-coletivo-na-jurisprudencia-do-stf-comentarios-ao-julgamento-do-hc-n-143-641>. Acesso em: 18 out. 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2017.

ROCHA, Jorge Bheron. *Habeas Corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>. Acesso em: 17 out. 2018.



SARMENTO, Daniel. *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

VITAL, Danilo. *Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/brecha-stf-tjs-resistem-aplicar-hc-coletivo-maes-presas> Acesso em: 03 set. 2018



O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO(A) SOBREVIVENTE E A INSEGURANÇA JURÍDICA

Guilherme Castello Branco de Moraes

Graduado pela Universidade Candido Mendes(Centro). Advogado.

Resumo: O presente trabalho visa demonstrar a grave insegurança jurídica gerada pela falta de parâmetros objetivos na verificação da existência, ou não, da necessidade do direito real de habitação para companheiro(a) sobrevivente. Com esse escopo, será feito um cotejo dois direitos com sede na CRFB que aparentemente entram em colisão numa eventual disputa judicial que envolva herdeiros e o companheiro(a) sobrevivente. O atual arcabouço jurídico brasileiro prevê a concessão do direito real de habitação por força de lei, vale dizer, *ope legis*, o que traz enorme insegurança jurídica em razão da falta de controle, com parâmetros objetivos, pelo magistrado.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito real de habitação do companheiro(a) sobrevivente. Insegurança Jurídica. Preterição de herdeiros.

Sumário: Introdução. 1.O direito real de habitação no código civil de 2002 e sua evolução normativa até a contemplação do companheiro(a) sobrevivente. 2. O direito de propriedade versus o direito real de habitação 3. Os parâmetros do direito comparado; necessidade de critérios objetivos para limitar o direito real de habitação do companheiro(a) sobrevivente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico apresentará todos os contornos do Direito Real de Habitação do Companheiro(a) sobrevivente e, a necessidade de parâmetros mais concretos como forma de solução das problemáticas atuais que envolvem a testilha na relação de herdeiros preteridos com o companheiro(a) beneficiado(a).

É cediço que o atual Código Civil, de forma louvável, dedicou um livro específico à união estável (do seu art. 1.723 ao 1.727), assim curvando-se à consagradas lições doutrinárias e à boa jurisprudência, que clamavam pela adequação e conformidade do texto civil diante do comando cristalizado no artigo 226, §3º da *Lex Mater*.

Em toda sua completude, e sempre tendo como epicentro normativo a dignidade da pessoa humana, a Magna Carta sobreleva a proteção estatal a família – com todos os formatos que realidade da vida moderna engendra –, e nessa esteira, não obstante não esteja literalmente disposto na Código Civil, é uníssono na doutrina e jurisprudência que o direito

real de habitação do cônjuge sobrevivente (art. 1.831 do CC) deve ser estendido ao companheiro(a).

Com efeito, não se pode olvidar da existência de legislação própria (Lei nº9.278/96), anterior ao atual CC, que já assegurava ao companheiro(a) o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Desse fato surge a primeira divergência, a saber: se o CC de 02 teria revogado tacitamente a pretérita legislação sobre o tema.

A resposta já é assente na jurisprudência: se o novel estatuto civil não revogou expressamente a aludida Lei nº. 9.278/96, e tampouco disciplinou exaustivamente a matéria, forçoso reconhecer que não está derogado o arcabouço normativo anterior.

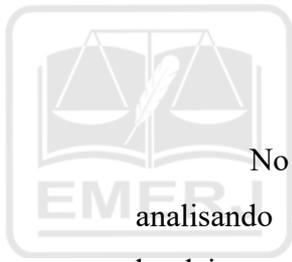
Assim, a regra é válida e está em perfeita harmonia legal e constitucional. Sem embargo, como “são demais os perigos dessa vida”, situações de grande insegurança jurídica, e porque não dizer, de grande injustiça, podem ser geradas.

Se de um lado a constituição da união estável esta despida de formalidades e é pautada por elementos fundantes que possuem elevada carga de subjetivismo – mormente quando se considera a prescindibilidade de um lapso temporal mínimo, e em alguns casos até a desnecessidade de moradia conjunta –, de outro, distorções inquietantes podem decorrer do reconhecimento autômato e inadvertido do direito real de habitação ao companheiro(a) sobrevivente.

Ilustrativamente, pode-se figurar hipótese de ter ocorrido o falecimento de uma pessoa, que deixou filhos menores de um primeiro casamento, a quem prestava alimentos para a subsistência, e a viúva (ex-cônjuge ou companheira). Falecera deixando tão somente um único apartamento, adquirido já há muito, muito antes de iniciar um relacionamento com uma outra pessoa (relacionamento este dentro da zona cinzenta de configuração de união estável ou de simples namoro qualificado), com a qual passou a morar conjuntamente há pouco tempo.

Perceba a aporia para se chegar a um deslinde justo do caso. Conquanto tenham os filhos direito hereditário sobre o imóvel, adquirindo-o, inclusive, automaticamente pela regra sucessória do *droit de saisine*, a companheira continuará residindo no imóvel vitaliciamente. Para deixar esse nó górdio ainda mais apertado, acresça-se o fato de a companheira sobrevivente ter constituído uma nova relação afetiva, e mais, que seu novo parceiro de convivência venha com ela a residir no imóvel como da discórdia.

É com esse pano de fundo que no primeiro capítulo se demonstrará a relevância do estudo do tema, e a evolução normativa do instituto do direito real de habitação até a contemplação do companheiro(a) sobrevivente.



No segundo capítulo se justificará a análise do tema diante da insegurança jurídica, analisando especificamente o aparente conflito entre o direito real de propriedade dos herdeiros e o direito real de habitação do companheiro(a) sobrevivente.

Por fim, no terceiro capítulo se discutirá que, apesar de não se encontrar positivado, urge a criação, pela jurisprudência, de limites objetivos a essas situações mais dramáticas e configuradoras de inquestionável injustiça. Nessa conformidade, será demonstrado alguns parâmetros utilizados no direito comparado, apontando-se critérios concretos para o alcance de uma maior segurança jurídica.

A pesquisa proposta é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia de julgados e construções doutrinárias, na difícil tarefa de se dar um quadro de maior estabilidade e previsibilidade.

1. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E SUA EVOLUÇÃO NORMATIVA ATÉ A COMTEMPLAÇÃO DO COMPANHEIRO(A) SOBREVIVENTE

Antes de mais nada, imprescindível que se firme a base geral, de trivial sabença, no sentido de que os direitos reais fundam-se na relação jurídica existente entre as pessoas e coisas, opondo-se, portanto, aos direitos pessoais, na medida que no direito pátrio carregam conceitos e finalidades absolutamente distintas, e formam os dois grande “mundos” do direito civil.

Direito real é a relação jurídica que se estabelece entre determinada pessoa (que pode abarcar um conceito coletivo) e determinada coisa. Tal relação com a coisa corpórea ou incorpórea gera poderes de vários níveis e espécies, do mais amplo ao mais limitado.

Estreitando o raciocínio para se chegar ao propósito do presente trabalho, especificamente sobre a modalidade de direito real de habitação, deve-se principiar ressaltando que este é previsto no Código Civil de 2002, nos artigos 1.414, 1.415 e 1.416¹, sendo também aplicáveis, no que couber, as disposições concernentes ao usufruto. Trata-se de direito real temporário e personalíssimo, que confere à seu titular apenas e tão somente o direito de morar e residir no imóvel de outrem, não podendo, assim, em razão da característica de não poder ser cedido (inaccessibilidade), auferir do bem qualquer outra utilidade senão a habitação.

Em síntese inicial, cumpre destacar que há duas modalidades do direito real de habitação. De um lado, pode ser voluntário ou convencional, e, de outro, pode ter fundamento direto no direito posto – o chamado direito de habitação legal. Dito isso, cumpre salientar que é precisamente a modalidade legal do instituto que formara a base para todos os desdobramentos da questão tratada nesse artigo.

No escopo de demonstrar a evolução do instituto, uma breve digressão se faz necessária. Nesse eito, cabe ressaltar que tudo tem origem na Lei n° 4.121/62² – Estatuto da Mulher Casada –, que com nobre missão, introduziu dois parágrafos no artigo 1.611³ do Código Civil de 1916, e trouxe o direito real de habitação para o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão universal de bens, desde que o imóvel, objeto do direito de habitação, fosse o único bem daquela natureza a se inventariar.

Em uma época marcada pela assimetria entre os sexos, a louvável intenção do

¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

² BRASIL. *Lei n° 4.121 de 27 de agosto de 1962*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

³ BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.



legislador foi no sentido de trazer melhora à situação de fragilidade social da mulher, almejando afastar a até então reinante inferioridade do sexo feminino, numa ainda insipiente busca de isonomia.

Já na década de 90, houve outra significativa alteração legislativa nesse campo. Tratando especificamente do instituto da união estável, a Lei nº 9.278/96⁴ regulamentou o parágrafo 3º do artigo 226⁵ da CRFB, e trouxe em seu artigo 7º⁶ a previsão do direito real de habitação para os companheiros, sem distinção de regime de bens.

Após, com o advento do Código Civil de 2002⁷, entre os estudiosos da matéria surgiu a indagação se teria sido revogado tacitamente a pretérita legislação sobre o tema. Em pouco tempo a resposta se assentou na jurisprudência: se o novel estatuto civil não revogou expressamente a aludida Lei nº 9.278/96⁸, e tampouco disciplinou exaustivamente a matéria, foi forçoso reconhecer que não estava derogado o arcabouço normativo anterior.

De todo esse conjunto legislativo sobre a matéria, visivelmente sobressai a busca pela proteção do cônjuge supérstite e do companheiro(a) sobrevivente, no que concerne ao direito de moradia e a sua própria dignidade como pessoa. Mais que isso, conceitualmente se extrai que o direito real de habitação, aplicado à sucessão hereditária, tem como objetivo precípuo a manutenibilidade da instituição família, acautelando ao cônjuge ou companheiro sobrevivente o direito de habitar o lar conjugal.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁹:

A finalidade da habitação é dúplice: garantir certa qualidade vida ao cônjuge supérstite e impedir que após o óbito do outro cônjuge seja ele excluído do imóvel em que o casal residia, sendo ele o único bem residencial do casal a ser inventariado. Com efeito, se os filhos do falecido e o cônjuge sobrevivente não se entendessem, poderia a qualquer tempo ser extinto o condomínio, com a perda da posse. Com o direito real de habitação, embora partilhado o imóvel entre os herdeiros, o cônjuge reserva para si o direito gratuito de moradia [...]

De outra banda, a exigência desse direito real nasce da própria solidariedade interna do grupo familiar, que necessariamente deve existir, e estabelece a recíproca assistência dentro do mesmo núcleo familiar.

Consoante ressalta Maria Berenice Dias¹⁰:

A solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a

⁴BRASIL. *Lei da União Estável*. Lei nº. 9.278 de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

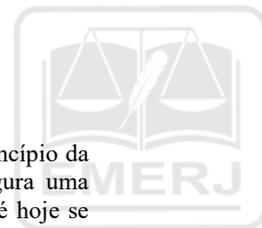
⁶BRASIL. op. cit., nota 2.

⁷BRASIL. op. cit., nota 1.

⁸BRASIL. op. cit., nota 4.

⁹ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves. *Direitos Reais*. 7. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 672.

¹⁰DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.



fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. Uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família. Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão[...]

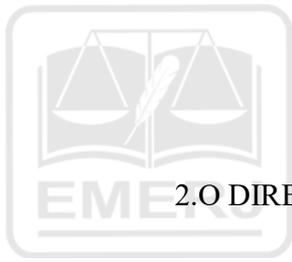
Esclarecido esse contexto do direito sucessório, é imperioso observar, por outra via, que a existência do direito real de habitação, às escancaras, tolhe a propriedade do patrimônio herdado. Todavia, tal limitação está consubstanciada no aludido princípio da solidariedade familiar, que será forçosamente observado pelos herdeiros, à guisa da preservação do bem estar do companheiro(a) sobrevivente.

A interferência do Estado-legislador na autonomia e na liberdade das pessoas para disporem como bem entenderem dos respectivos patrimônios, apenas e tão somente se justifica por um motivo de extrema relevância, consagrado no plano constitucional e que dá base para toda a sociedade. Trata-se da família (CRFB, artigo 203, I¹¹), que por tamanha envergadura constitucional, abre ao crivo do julgador, por meio do exercício de ponderação de valores, a possibilidade de mitigação de um outro direito constitucional (nesse caso, dos direitos inerentes à propriedade), para assim concretizar a indispensável proteção e assegurar a efetividade do interesse prevalente, que em muitos casos – mas não em todos – será a proteção o grupo familiar.

Nesse cenário, a tensão entre interesses e valores constitucionalmente consagrados é evidente, e não se pode partir de um resultado pronto e acabado. Conforme será demonstrado em pormenores adiante, é necessário que o Julgador analise as especificidades da situação concreta, lançando mão e tendo como auxílio o princípio da proporcionalidade. Só assim, com tirocínio para joeirar as particularidades da casuística, poderá decidir qual prerrogativa constitucional virá a se sobrepujar.

É nessa esteira que se adentrará ao próximo capítulo do presente artigo, buscando demonstrar que o direito real de habitação do companheiro(a) sobrevivente não é, e nem pode ser, absoluto, pois há situações em que sim, o instituto pode atingir em cheio a dignidade da pessoa humana, mas na verdade a dignidade de outra pessoa, que não a do habitador favorecido – a saber: o herdeiro preterido.

¹¹ BRASIL. op. cit., nota 5.



2.O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE VERSUS O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O direito de propriedade é, conforme cediço, direito fundamental, com reconhecimento constitucional expreso (CRFB, artigo 5º, inciso XXI)¹², além de ser considerado o direito real por excelência, do qual emanam todos os demais. Sua conceituação específica não existe no Código Civil de 02¹³, porém positivados estão os poderes que dele decorrem, consoante se depreende da leitura do art. 1.228¹⁴: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

Embora toda essa robustez, a limitação necessariamente está presente ao direito de propriedade, pois como deixa claro a própria CRFB¹⁵, o exercício do direito de propriedade deve atender a função social exigida, não sendo permitido ao seu titular o uso abusivo ou mesmo o desuso indefinido.

No contraste com o direito real de habitação do companheiro, surge, a todas as luzes, outra limitação ao direito de propriedade. O problema ganha contornos preocupantes quando a mera limitação se transforma, na verdade, em aniquilação, ante o caráter perpétuo do instituto do direito real de habitação, dado pela legislação brasileira.

O fato de o direito real de habitação do companheiro(a) ser considerado vitalício e sem restrições (por exemplo: ainda que o companheiro sobrevivente habitador contraia nova união familiar estável, seu direito de habitação se mantém absolutamente intocado, *ad aeternum*) pode, no caso concreto, gerar situações teratológicas.

Objetivamente, o direito real de habitação concede ao companheiro sobrevivente a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com a finalidade de moradia, não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujos, e independentemente do regime de bens que havia na união com o companheiro falecido. A consequência natural e inexorável é a limitação do direito de propriedade dos herdeiros, pois se o direito real de habitação não pudesse fundamentar a mencionada limitação, seria deveras inútil essa garantia.

É preciso considerar, porém, que sob pena de subverter toda a matriz sociológica e constitucional justificadora da concessão do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, deve fazer-se presente a ponderação dos interesses envolvidos, pois se afigura

¹² BRASIL. op. cit., nota 5.

¹³ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 5.

bastante temerário aplicar o instituto indistintamente, sem se analisar de forma pormenorizada a realidade do caso concreto.

Na prática, são inúmeros os casos em que malgrado o herdeiro esteja necessitando do direito de propriedade para sua própria subsistência, terá, na vitaliciedade, apenas e tão somente a nua-propriedade do bem, sem poder reverter tal direito em qualquer recurso ou pecúnia, diante do verdadeiro encravamento perene do direito real de habitação sobre sua propriedade.

Portanto, volta-se a ponto nodal da questão aqui trazida: não se pode partir do pressuposto objetivo de que sempre haverá direito real de habitação do companheiro sobrevivente, pois esse direito não é absoluto e deve ser visto com cautela na testilha com que se coloca frente ao direito de propriedade dos herdeiros. Não se pode, jamais, ser aplicado o instituto do direito real de habitação de forma isolada, mas sim dentro do ordenamento jurídico que dispõe sobre o direito do herdeiro necessário à sua herança, e que, em muitos casos, deve prevalecer.

Como se percebe claramente, existe delicada questão jurídica nessa disputa, na medida em que envolve direitos fundamentais de ambos os lados, que estão em aparente colisão. O direito constitucional contemporâneo nos mostra o caminho técnico para esse desate: a ponderação de interesses.

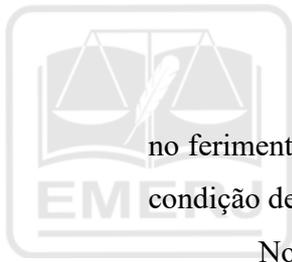
Como saber qual interesse irá sobrepujar-se na situação concreta, se ambos possuem envergadura constitucional? Não é possível responder de forma prévia, a resposta tecnicamente correta depende da ponderação dos valores relevantes nas circunstâncias concretas e específicas. O direito real de habitação não pode ter precedência incondicionada, não deve gozar antecipadamente de primazia, pois o valor decisório só pode ser dado no caso concreto, observando-se o maior peso do interesse jurídico tutelado.

Como visto, de um vértice tem-se o direito fundamental de propriedade, esculpido no artigo 5º, inciso XXIII da CRFB¹⁶ e, na hipótese, garantido aos herdeiros necessários do hereditando. Lado outro está o direito de habitação, que também se trata de um direito real, não obstante de envergadura menor, e também materializa norma com sede constitucional: o direito à moradia (artigo 6º da CRFB)¹⁷ e a própria dignidade da pessoa humana.

Assim, para que o direito real de habitação prevaleça, faz-se mister a aferição de acordo com as nuances circunstanciais que o caso apresenta, ponderando-se se o seu não reconhecimento trará realmente prejuízo existencial e material ao companheiro sobrevivente. Cumpre advertir que não necessariamente a não concessão do direito de habitação implicará

¹⁶ BRASIL. op. cit., nota 5.

¹⁷ Ibid.



no ferimento da dignidade do companheiro habitador, mormente quando se comprova a plena condição de estabelecer moradia mediante esforço próprio.

No próximo capítulo será traçado um paralelo com o direito comparado, mostrando-se os critérios e parâmetros legais previstos para análise do direito real de habitação. Tais critérios poderiam – ou até mesmo deveriam – ser adotados pelos nossos Julgadores, precisamente nesse trabalho de ponderação dos interesses em conflito, buscando sempre afastar situações objetivamente injustas e desarrazoadas. Urge alteração legislativa nesse sentido, pois o atual arcabouço normativo que concede, por força de lei e sem qualquer ponderação, o direito real de habitação ao companheiro(a) sobrevivente, tem gerado distorções perniciosas na finalidade do instituto, em prejuízo tremendo do proprietário herdeiro.

3.OS PARÂMETROS DO DIREITO COMPARADO. NECESSIDADE DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA LIMITAR O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

Não obstante as pessoas não parem para pensar no fim da vida, a existência passa pelo nascer, desenvolver e morrer. Essa dificuldade de lidar com tema começa pela própria aceção do termo, pois a palavra morte traz consigo muitos atributos e associações: dor, ruptura, interrupção, desconhecimento, tristeza. O fim, a finitude vital, para todos é certa, e havendo patrimônio, a sucessão surge como fenômeno inexorável.

Assim, como conclusão inicial e intuitiva, tem-se que a própria vida social e sociedade precisam de seguimento; as relações jurídicas patrimoniais não cessam com a morte, e todo arcabouço normativo da sucessão busca atingir essa finalidade: a continuidade.

O direito real de habitação sucessório faz parte dessa plêiade de normas, e para o estudo das diferentes técnicas e formas de pensar o tema, é de todo oportuna a análise, ainda que extremamente breve, do direito comparado, até mesmo para se lapidar os critérios a serem adotados pelos nossos julgadores na busca por maior segurança jurídica nessas situações.

As conclusões comparativas, após os ajustes necessários em razão das discrepâncias culturais, têm grande utilidade no estudo do tema, pois pode-se estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças, ou seja, pesquisar e relacionar semelhanças e discrepâncias segundo um método adequado e já experimentado em outros sistemas jurídicos.

Inicia-se, assim, com o que atualmente se tem em nosso país, o Brasil, em que o direito real de habitação do companheiro sobrevivente não possui praticamente nenhum limite,

sendo vitalício e sem nenhuma ligação com eventual nova união. Apenas há um empecilho (artigo 1831 do Código Civil¹⁸), que está na necessidade de que o imóvel habitado seja o único daquela natureza a se inventariar.

Urge, portanto, a criação de critérios mais objetivos pelo legislador, que controlem o nobre propósito que move o direito em questão: evitar que o companheiro fique desamparado sem sua moradia.

No direito civil francês, que possui importância impar para qualquer estudo sobre o tema, que decorre não só da sua sobrevivência, que é única na história do Direito, mas também da inovação técnica-jurídica que representou na história da formação das famílias, há duas modalidades desse direito real de habitação, sendo uma limitada no tempo, com garantia de apenas um ano (artigo 763 do Código Civil francês¹⁹) para o cônjuge sobrevivente, e outra vitalícia (artigo 764 do Código Civil francês²⁰). Releva salientar, no entanto, que nessa modalidade vitalícia o direito de habitação pode ser afastado por ato de última vontade do falecido.

Também existe limitação de tempo no direito português (artigo 5º da Lei nº 6 de 2001²¹). Nos casos em que duas pessoas vivam em união de fato há mais de dois anos – independentemente do sexo –, sobrevivendo a morte de uma delas, haverá direito de habitação no imóvel em que o casal residia, porém com limitação temporal de dois anos.

Com efeito, no direito argentino (artigo 3.573-bis do Código Civil argentino²²) o direito real de habitação apenas existirá se houver um único imóvel a ser inventariado, e desde que tal imóvel servisse de residência para o casal. O tratamento é bem parecido com o que é dado pelo nosso ordenamento jurídico, mas há, entretanto, limitação que não mais existe no direito brasileiro, pois de acordo com a sistemática adotada pelo legislador argentino o direito de habitação poderá ser extinto pelo novo casamento ou nova união do companheiro ou cônjuge sobrevivente.

No que concerne ao direito civil brasileiro, a antiga Lei nº 9.278/96²³, em seu artigo 7º, parágrafo único, estabelecia uma salutar condição, no sentido de que o direito real de habitação do companheiro sobrevivente permaneceria apenas enquanto não fosse constituída nova união ou casamento. O Código Civil²⁴ atual, porém, disciplinou a matéria, e de forma muito criticável e despropositada, retirou por completo a aludida limitação.

¹⁸ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁹ FRANÇAIS. *Code Civil*. Disponível em: <<http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

²⁰ FRANÇAIS. op. cit., nota 19.

²¹ PORTUGAL. Lei nº 6 de 11 de maio de 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=900&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em: 10 mai 2018.

²² ARGENTINA. *Código Civil de La República Argentina*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf>. Acesso em: 10 mai 2018.

²³ BRASIL. op. cit., nota 8.

²⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.



Atualmente o direito real de habitação é considerado vitalício e sem restrições, gerando situações que, às escancaras, refugam do seu próprio conceito, que é o de garantir a manutenção da família e do seio familiar, concedendo ao companheiro (ou cônjuge) sobrevivente o direito de habitar a morada conjugal.

Não é justo, não é razoável, não é sequer lógico que o benefício se mantenha ainda que haja nova união do companheiro sobrevivente, pois para se candidatar a constituir nova família, deve ter condições para a subsistência dessa, mediante esforço próprio, e não por carregar um benefício de uma união que não mais existe. Se é verdade que o direito real de habitação do companheiro sobrevivente possui motivação social absolutamente louvável, não é menos verdade que representa uma limitação ao direito de propriedade dos herdeiros, e portanto, deve haver algum vínculo que se mantenha após o falecimento da pessoa com quem constituía família.

Por óbvio, não se pode descurar da real e concreta possibilidade de – ainda que haja a limitação acima aludida – o habitador manter sua nova união não oficializada, à sorrelfa, à guisa de sustentar com má-fé e com abuso de direito tal benefício, e assim prejudicar o direito dos proprietários do bem gravado. Todavia, sempre com missão de joeirar essas situações escusas estará o julgador, com seu saber e tirocínio.

Na ponderação dos interesses em colisão, outro critério que seria bastante pertinente é o temporal, pois não faz sentido afastar vitaliciamente o direito de propriedade dos herdeiros, que permanecem tão só com a nua propriedade, sem qualquer viés econômico palpável. O razoável hiato temporal de 4 (quatro) anos, por exemplo, seria suficiente para que o companheiro sobrevivente buscasse amparo e moradia às suas próprias expensas.

Outro parâmetro deveras justo é o de considerar o patamar etário do companheiro sobrevivente, além de sua condição financeira. Um habitador em idade produtiva, com saúde hígida e profissão definida, deve buscar subsistir por suas próprias forças, estabelecer moradia mediante esforço apenas seu, como todos os cidadãos fazem.

Por fim, afigura-se inquestionável que se o companheiro sobrevivente já é proprietário de imóvel próprio, a verificação da necessidade do direito de habitação no imóvel do falecido deve ser ainda mais rigorosa, sob pena de ser dada proteção excessiva e em total descompasso com a sua realidade fática. Em situações tais, na medida em que inequivocamente o direito de moradia do companheiro não será prejudicado, conceder o direito de habitação significará, em verdade, subverter por completo o seu escopo constitucional.

O melhor seria uma incremento técnico-legislativo sobre o tema, a fim de que a concessão do direito real de habitação ao companheiro(a) sobrevivente se tornasse providencia a ser tomada apenas e tão somente de acordo com as necessidades e

peculiaridades que o caso concreto apresentar. No cenário atual, a concessão do direito real de habitação ao cônjuge ou companheiro sobrevivente é por força de lei, e este automatismo gera grave insegurança jurídica. Enquanto tais parâmetros concretos não ganharem vigência, cabe ao magistrado ponderar os direitos e princípios constitucionais envolvidos no litígio, numa necessária interpretação conforme da legislação já existente.

Nesse mesmo sentir brilhantemente ressaltam os civilistas contemporâneos Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²⁵:

Para nós, a concessão deve ser *opejudicis*, por força de decisão judicial, a depender das particularidades da viuvez, ali encartadas a situação patrimonial do sobrevivente, permanente ou transitória, e a própria situação material dos descendentes. Caberia ao magistrado, em cada inventário ou noutra demanda, conceder ao viúvo ou viúva o direito de continuar residindo no imóvel que servia de lar para o casal, de acordo com as circunstâncias do caso, evitando claras distorções e prejuízos aos descendentes – que, não raro, não são filhos da viúva ou viúvo.

Com efeito, na jurisprudência pátria também já se observa a preocupação com as distorções que a concessão automática do direito real de habitação pode ensejar no caso concreto. À guisa de ligeiro exemplo, veja-se o que restou posto pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁶, ao negar o direito real de habitação a um cônjuge, cuja concessão naquele quadro fático implicaria preterição e prejuízo a prole com necessidades especiais.

O agravante é portador de Síndrome de Down, residindo com o pai, agora falecido, e sua companheira, a quem, em antecipação de tutela, foi outorgado o direito real de habitação. O estado de animosidade que se instalou entre ela e os filhos do falecido indica ser temerário manter sob o mesmo teto a companheira do *de cujus* e o incapaz. De outro lado, restou comprovado que ela é proprietária de imóvel urbano residencial na mesma cidade, de modo que o objetivo do direito real de habitação, no sentido de se assegurar ao companheiro sobrevivente local para residir, perde força no caso. Além disso, aquilatados os direitos de especial proteção que a legislação outorga aos idosos (a agravada conta 60 anos) e os incapazes, deve prevalecer a proteção ao agravante, pois sua condição é de maior fragilidade.

De modo conclusivo, portanto, é preciso que o espírito da norma seja respeitado, ponderando os interesses em testilha para só depois decidir qual irá prevalecer concretamente.

²⁵ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. *Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2017, p. 339

²⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ac. 8ª Câmara Cível, *AgIntr. n.º 70058962002*. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versoao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058962002&num_processo=70058962002&codEmenta=5783229&temIntTeor=true. Acesso em: 23 mai. 2018.



Sempre tendo como norte a razoabilidade, e de forma a se evitar o abuso do direito, é preciso se atentar para situações que, por vezes, se mostram extremamente injustas e até mesmo patológicas. A constituição da união estável já é despida de formalidade e pautada por elementos com alta carga de subjetivismo. Esse fator, somado a uma concessão automática do direito real de habitação, sem se perquirir pormenorizadamente a verdadeira necessidade de moradia do habitador, engendra situações de absoluta insegurança jurídica.

Cada vez mais tem se observado que toda a matriz sociológica e constitucional justificadora da concessão do direito real de habitação ao cônjuge supérstite ou do companheiro(a) sobrevivente tem sido subvertida, deixando um rastro deletério para herdeiros proprietários, que são escancaradamente preteridos sem que exista verdadeiro fundamento para tanto. É, pois, imperioso que a doutrina se debruce sobre as brechas desse sistema poroso e pernicioso que hoje vige nessa temática. Casos extremos são bastante comuns, e nessas situações, após uma interpretação conforme, não se faz possível a aplicação do instituto do direito real de habitação.

REFERÊNCIAS

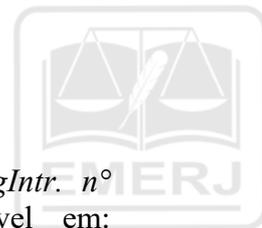
ARGENTINA. *Código Civil de La República Argentina*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf>. Acesso em: 10 mai 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. *Código Civil*. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 abril. 2018.

_____. *Estatuto da Mulher Casada*. Lei nº. 4.121 de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. *Lei nº. 9.278 de 10 de maio de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em 23 mai. 2018



_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ac. 8ª Câmara Cível, *AgIntr. n° 70058962002*. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058962002&num_processo=70058962002&codEmenta=5783229&temIntTeor=true. Acesso em: 10 mai 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇAIS. *Code Civil*. Disponível em: <<http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

PORTUGAL. *Lei n° 6 de 11 de maio de 2001*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=900&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em: 10 mai. 2018.

ROSENVALD. Nelson. FARIAS. Cristiano Chaves. *Direitos Reais*. 7 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

_____. *Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

TARTUCE, Flávio, artigo. Coluna Migalhas. *A união estável e o namoro qualificado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



A PRESCRIÇÃO E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/15): MENOS CABO À PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA?

Gustavo Berriel Quariguasy Teixeira

Graduado pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro – UFRJ.
Advogado.

Resumo: O presente trabalho visa analisar a proteção da pessoa com deficiência e, notadamente, os enfermos e deficientes mentais, à luz do novo tratamento da Teoria das Incapacidades. Para tanto, resgata a evolução da proteção da pessoa com deficiência mental desde o Código Civil de 1916 até chegar ao Código Reale (Lei nº 10.406/02), já com a reforma proposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Faz-se, então, uma leitura crítica da inovação da Lei Brasileira de Inclusão, no tocante à proteção patrimonial do incapaz. À luz das considerações precedentes, o artigo analisa a nova Teoria das Incapacidades frente aos princípios constitucionais da solidariedade e da vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Palavras-chave: Direito Civil. Teoria das Incapacidades. Prescrição. Vedação à proteção deficiente. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Sumário: Introdução. 1. Do Tratamento das Incapacidades à luz do Código Civil de 2002. 2. Da inovação trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência: análise comparativa entre a redação original do art. 3º e a reforma introduzida pela Lei nº 13.146/15. 3. Críticas à alteração legislativa a partir dos princípios constitucionais da solidariedade e da vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a proteção patrimonial das pessoas com deficiência mental à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

Sob a rubrica “loucos de todo o gênero”, o Código Civil de 1916 conferia a proteção do patrimônio das pessoas que, por enfermidade ou por deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos inerentes à vida civil.

Assim perdurou até o Código Civil de 2002, quando então o legislador ordinário abandonou a expressão pejorativa utilizada pelo Código Civil de 1916, para designar as pessoas com enfermidade ou deficiência mental. Manteve, entretanto, a proteção patrimonial ao incapaz inalterada.

Tal panorama perdurou até a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão.

Sob a ótica histórica, discute-se os efeitos da incapacidade ao tratamento jurídico conferido pelo Código Civil de 2002. Neste ponto, aborda-se a paulatina construção do sistema de proteção patrimonial do enfermo ou do deficiente mental desde o Código Bevilacqua até a reformulação terminológica do Código Reale.

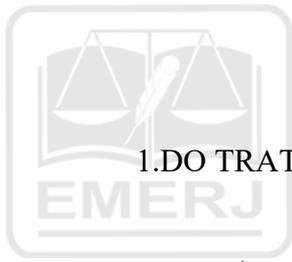


Em seguida, parte-se para a releitura da Teoria das Incapacidades a partir da Lei Brasileira de Inclusão. Nesse contexto, a retirada da proteção patrimonial da pessoa com deficiência mental com a supressão da causa impeditiva de prescrição, prevista no art. 198, do Código Civil, é a tônica da discussão.

E, por fim, analisa-se os efeitos produzidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, frente aos princípios constitucionais da solidariedade e da vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*).

O objetivo central do texto é tecer considerações e críticas acerca do ideal de que a capacidade seria a regra e a incapacidade, a exceção. Sob esse aspecto, olvidou-se o legislador ordinário do princípio da dignidade da pessoa humana, na faceta da especial vulnerabilidade que ostentam as pessoas com enfermidade ou deficiência mental.

A pesquisa utilizará a metodologia dedutiva e bibliográfica.



1. DO TRATAMENTO DAS INCAPACIDADES À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A personalidade jurídica constitui atributo inerente à pessoa, seja ela natural ou jurídica. É, portanto, predicado outorgado pelo ordenamento jurídico a toda e qualquer pessoa, com a finalidade de titularizar uma relação jurídica e de reclamar especial proteção do Estado.

Nesse contexto, a lição de Maria Helena Diniz é elucidativa. Afirma a ilustre professora que “a personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é”¹. De seus ensinamentos, deriva a conclusão de que a personalidade constitui o fundamento para os direitos e os deveres que o titular ostentar, de modo que, sem ela, não seria possível o exercício dos demais direitos.

Extraí-se, portanto, da personalidade, o conceito de capacidade civil. Asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald² que a capacidade civil constitui verdadeira medida jurídica da personalidade.

Pode-se, então, afirmar que a capacidade provém da personalidade do ser humano, exteriorizando-se à medida em que a pessoa adquire direitos, assume obrigações e pratica pessoalmente os atos da vida civil. Diante disso, tem-se que, enquanto gênero, a capacidade civil desdobra-se em duas espécies, quais sejam: a capacidade de direito e a capacidade de fato.

Enquanto a capacidade de direito trata de reconhecer às pessoas, “a ideia genérica e potencial de ser sujeito de direitos”³, a capacidade de fato corresponde à possibilidade do indivíduo de praticar, pessoalmente, todos os atos da vida civil, sem que, para isso, necessite dos institutos da representação ou da assistência.

Em certa medida, cuidou o legislador ordinário de tratar apenas do conceito de capacidade de direito, o qual se encontra perfeitamente descrito no artigo 1º, do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)⁴. Nada obstante a omissão acerca da capacidade de fato, a redação do legislador foi feliz em enunciar que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”⁵.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 154.

² FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. V. 1/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. 13. ed. Rev. Ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 271.

³ *Ibid.*

⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

⁵ BRASIL, *op.cit.*, nota 4.



Sob o prisma constitucional, deve ser feita a leitura da teoria da capacidade.

Pretendeu o legislador conferir a todas as pessoas usufruísem da possibilidade de serem sujeitos de direitos, atributos estes decorrentes unicamente da especial condição humana. Plasmou-se, pois, no espírito do Código Civil, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da Constituição da República)⁶.

Reverbera, então, o espírito do Código Civil, a máxima aristotélica do princípio da igualdade, consubstanciada na necessidade de se conferir tratamento equânime aos iguais e desigual, aos desiguais, na exata medida de sua desigualdade.

Isso porque a própria legislação entendeu como merecedoras de especial proteção do estado, certas pessoas que não pudessem exercer, pessoalmente, os atos da vida civil (capacidade de fato), sem possibilidade de se colocarem em situação de exagerada desvantagem, em todas as relações jurídicas.

Dessa forma, cuidou-se de diferenciar o tratamento jurídico conferido aos incapazes daquele dispensado aos vulneráveis. Com efeito, distancia-se o incapaz do vulnerável, porquanto aquele possuía especial proteção jurídica, dedicada a todo e qualquer ato jurídico do qual, porventura, integrasse como parte.

Todavia, a Teoria das Incapacidades sofreu profunda alteração a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, também conhecido como Lei Brasileira de Inclusão.

De acordo com a antiga redação do art. 3º, da Lei Civil⁷, compunham o rol dos absolutamente incapazes, os seguintes agentes: os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Não obstante tal proteção pessoal, o legislador estendia o amparo do Estado ao patrimônio dos incapazes. Resguardava, assim, o patrimônio do incapaz, qualquer que fosse a hipótese, excetuado o dispositivo do artigo 928, do Código Civil⁸. Nesse sentido, o artigo 196, inciso I, do Código Civil⁹ encerrava a previsão de causa impeditiva do prazo prescricional.

À luz da redação originária do Código Civil, tinha-se como um dos sujeitos protegidos, três categorias de pessoas que, em razão de sua peculiar condição, reclamavam

⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

⁷BRASIL, op.cit., nota 4.

⁸ Ibid..

⁹ Ibid..



tratamento jurídico diferenciado. Nesse contexto, a Lei Brasileira de Inclusão¹⁰ acabou por restringir a proteção apenas aos menores de 16 (dezesseis) anos, reformulando, assim, toda a Teoria das Incapacidades.

2.DA INOVAÇÃO TRAZIDA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 3º E A REFORMA INTRODUZIDA PELA LEI Nº13.146/15

Muito se discutia acerca da necessidade de elaboração de estatuto normativo exclusivo para os direitos das pessoas com deficiência¹¹. É, nesse cenário, que surge o Projeto de Lei nº 7.699/2006, de autoria do Senador da República Paulo Paim (Partido dos Trabalhadores - PT/RS).

No entanto, a consagração dos direitos da pessoa com Deficiência se deu em virtude da aprovação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008¹².

Erigido à condição de Emenda Constitucional (artigo 5º, §3º, da Constituição da República)¹³, o texto da Convenção impôs a necessidade de revisão do Projeto de Lei nº 7.699/2006¹⁴, cuja proposta inicial sofreu 10 (dez) emendas.

Sob o manto da dignidade da pessoa humana, a Lei Brasileira de Inclusão estabeleceu a definição de pessoa com deficiência como sendo aquela que tem “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou

¹⁰ BRASIL. *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

¹¹ Conforme consta do site da Câmara dos Deputados, inicialmente a proposta de lei a cuidar das pessoas com deficiência era o Projeto de Lei nº3.638/2000 que previa o Estatuto do Portador de Necessidades Especiais. No entanto, a apresentação do Projeto de Lei nº 7.699/2006 acabou por tornar a proposta anterior prejudicada. Durante o trâmite, o Projeto de Lei nº 7.699/2006 acabou por sofrer 10 Emendas em sua redação originária. Embora de uso corriqueiro, a expressão “portador de necessidades especiais” carrega consigo conotação pejorativa. Isso porque tem-se a ideia de algo que se porta, sendo possível à pessoa se desvencilhar tão logo queira ou chegue a algum lugar. Por essa razão, adotou-se o termo “pessoa com deficiência” para designar aqueles com impedimento de longo prazo.

¹² BRASIL. *Decreto Legislativo nº 186*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.699, de 21 de dezembro de 2006*. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=432201&filename=PL+7699/2006>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (artigo 2º, da Lei nº 13.146/15)¹⁵.

Igualmente digno de nota é a salvaguarda dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência. Mantém-se intocável, portanto, o núcleo de direitos e garantias constantes do artigo 5º, da Constituição da República¹⁶, como meio de se assegurar a dignidade e a cidadania da pessoa com deficiência.

No mesmo passo, é o preâmbulo da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência¹⁷. Nesse contexto, o documento internacional reconhece a deficiência enquanto um “conceito em evolução” que “resulta da interação entre pessoas com deficiência e barreiras comportamentais e ambientais que impedem sua participação plena e eficaz na sociedade de forma igualitária”¹⁸.

Pode-se afirmar, portanto, que a Lei Brasileira de Inclusão foi inspirada pela Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência. No plano nacional, constitui manifesta intenção do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a inclusão social e a cidadania (artigo 1º, *caput*, parte final), finalidades consentâneas com o ideal de sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Na redação do artigo 6º, o Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁹ consagrou expressamente que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”, trazendo, inclusive, rol exemplificativo de direitos não alcançados pelo impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Na esteira da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência, percebe-se que a intenção do legislador é a de garantir às pessoas com deficiência, isonomia de tratamento. Em outras palavras, equivale dizer que a pessoa com deficiência tem condições de exercer os mesmos direitos conferidos ao restante da população.

Nesse mesmo sentido, são as palavras da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência²⁰, vinculada à Presidência da República:

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁷ BRASIL. *Decreto nº 6.949*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

¹⁸ SÃO PAULO. *Relatório Mundial sobre a Deficiência*. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf> Acesso em: 08 de setembro de 2018.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 10.

²⁰ BRASIL. *Secretaria Especial dos Direitos da Pessoa Com Deficiência*. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaopessoacomdeficiencia.pdf>> - Acesso em 07 de setembro de 2018.



Pessoas com deficiência são, antes de mais nada, pessoas. Pessoas como quaisquer outras, com protagonismos, peculiaridades, contradições e singularidades. Pessoas que lutam por seus direitos, que valorizam o respeito pela dignidade, pela autonomia individual, pela plena e efetiva participação e inclusão na sociedade e pela igualdade de oportunidades, evidenciando, portanto, que a deficiência é apenas mais uma característica da condição humana.

Constitui, portanto, avanço no tratamento das pessoas com deficiência.

Confirmando essa percepção, trouxe a Lei Brasileira de Inclusão a previsão expressa de que a deficiência e o instituto da curatela não alcançariam o direito da pessoa com deficiência ao próprio corpo, bem como ao exercício dos demais direitos decorrentes da personalidade humana.

Ademais, tem-se a dicção do *caput*, do artigo 84²¹, segundo a qual “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

É, pois, nesse contexto que se dá a alteração do rol dos absolutamente incapazes, constante do artigo 3º, do Código Civil²². Elencava a antiga redação as pessoas tidas por incapazes à prática de quaisquer atos da vida civil, a saber: os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Como dito alhures, a redação do artigo 3º do Código Reale²³ representou inegável evolução frente ao Código Bevilacqua. Com efeito, a nomenclatura abandonava o cunho pejorativo representado pela expressão “loucos de todo o gênero” para abraçar uma visão mais gentil e solidária dos deficientes e enfermos mentais.

Por outro lado, o Código Civil de 1916²⁴ previa apenas a responsabilidade civil dos pais, dos tutores e dos curadores, de modo objetivo. Excluía, portanto, a responsabilização do patrimônio do incapaz pelos danos por ele causados a terceiros.

Ao resguardar o patrimônio do incapaz, acabava em certa medida por constituir exceção ao princípio do *neminem laedere*.

Fundamentado na responsabilidade subjetiva, o Código Civil de 1916 somente admitia a responsabilização do agente mediante a comprovação de culpa. Nesse cenário, havia a compreensão de que o incapaz não possuía capacidade de autodeterminação e, portanto, não

²¹ BRASIL, op. cit., nota 10.

²² BRASIL, op. cit., nota 4.

²³ Ibid..

²⁴ BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.



poderia ser responsabilizado pelos seus próprios atos. Por essa razão, não lhe era atribuída responsabilidade e, tampouco, respondiam os seus bens pelos prejuízos causados a outrem.

Diante da experiência passada, o Código Civil de 2002²⁵ trouxe a responsabilização patrimonial do incapaz, ainda que em caráter subsidiário e mitigado, consoante expressa previsão do artigo 928. Confira-se: “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.²⁶

Dessa forma, o Código Reale acabou por temperar a irresponsabilidade patrimonial do incapaz. Subsidiariamente, prevê que a responsabilização dar-se-á apenas se as pessoas por ele responsáveis não tiverem a obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Manteve, ainda, a prescrição enquanto mecanismo de proteção patrimonial.

Nessa seara, a Lei Brasileira de Inclusão operou profundas reformas que acabaram por alijar os deficientes mentais da proteção do artigo 198, inc. I, do Código Civil²⁷. Com efeito, o preceito insculpido na norma supracitada acabou por se restringir aos menores de 16 (dezesseis) anos, considerados absolutamente incapazes na forma da lei civil, a partir da novel redação da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015²⁸.

Isso significa dizer que restou aos deficientes mentais apenas a proteção em relação aos próprios curadores, na forma do disposto no artigo 197, inc. III, do Código Civil²⁹. Trata-se, portanto, de flagrante retrocesso à medida em que delega ao curador a integral responsabilidade sobre o patrimônio do curatelado.

Sendo assim, ao mesmo tempo em que o legislador ordinário garante o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, olvidou-se condição patrimonial do deficiente mental em face da sociedade.

Nesse aspecto, deve-se abordar a prescrição enquanto proteção patrimonial do incapaz.

Como é cediço, a prescrição atinge direito subjetivo patrimonial do indivíduo, subtraindo-lhe a exigibilidade. No mesmo sentido, observe-se a lição de Francisco Amaral³⁰:

Prescrição é a perda da pretensão em virtude da inércia do seu titular no prazo fixado em lei (CC, art. 189). Se o lesado pelo descumprimento do direito subjetivo não agir no período legal, invocando a tutela jurisdicional do Estado para a proteção do seu crédito, extingue-se a sua pretensão de exigibilidade quanto ao seu direito subjetivo e permite a convalescença da lesão verificada no seu direito subjetivo.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 10.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 596.



Sob esse aspecto, e considerando a redação anterior à Lei Brasileira de Inclusão, deve-se destacar que o art. 3º combinado com o art. 198, ambos do Código Civil³¹ constituíam verdadeira barreira patrimonial que se opunha *erga omnes*. À guisa de exemplo, a jurisprudência rechaçava qualquer hipótese de usucapião de bem imóvel pertencente a pessoa incapaz.

Ao dispor a incapacidade absoluta enquanto causa impeditiva da prescrição, pretendeu o legislador infraconstitucional resguardar o patrimônio dos incapazes em face de terceiros não imbuídos de boa-fé.

Por essa razão, tem-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência vulnera o princípio da solidariedade e da proporcionalidade sob o aspecto da vedação à proteção deficiente, tema do próximo capítulo deste artigo.

3. CRÍTICAS À ALTERAÇÃO LEGISLATIVA A PARTIR DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE (*UNTERMASSVERBOT*)

Nascida sob o ideário pós-positivista e, marcada pelo signo da dignidade da pessoa humana, a Constituição da República Federativa do Brasil veio reforçar a situação de proeminência do ser humano no ordenamento jurídico, elevando-o à condição de destinatário da norma jurídica.

Dentre os valores que norteiam a Constituição da República³², destaca-se o princípio jurídico da solidariedade. Embora consagrado no Preâmbulo da Constituição, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a solidariedade enquanto postulado que permeia todo o ordenamento jurídico constitucional.

Nessa linha, é a preciosa lição da Min. Cármen Lúcia na ADI nº 2.649/DF³³. Veja-se:

Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.

Esse princípio projeta-se e afirma-se já no tít. I, art. 3º, no qual se fixam os objetivos da República Federativa do Brasil, dentre os quais se tem o de ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ (inc. II), ‘erradicar a pobreza e a marginalização e

³¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

³² BRASIL, op. cit., nota 6.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.649/DF*. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

reduzir as desigualdades sociais e regionais' (inc. III), e 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' (inc. IV).

Antes, porém, faz-se necessário um breve esclarecimento sobre a natureza jurídica do preâmbulo constitucional.

Sobre o Preâmbulo da Constituição, firmou-se o entendimento de que a sua natureza melhor se situa no domínio da política. No mesmo sentido, doutrinadores de escol - entre eles, Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁴ - afirmam que o preâmbulo indica somente a intenção do constituinte originário, indicando sua posição ideológica.

Ainda sobre o tema, assevera a Min. Cármen Lúcia que o Preâmbulo da Constituição explicita os valores que dominam a obra constitucional de 1988. E, prossegue afirmando que “não apenas o Estado haverá de ser convocado (...), mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se afirme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”³⁵.

Volve-se, então, a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”³⁶.

Sob o escólio de José Afonso da Silva³⁷, torna-se explícito o significado do termo “assegurar”, empregado pelo legislador originário. Confira-se:

O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’ tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico.

É, nesse contexto, que se deve pensar o princípio da solidariedade.

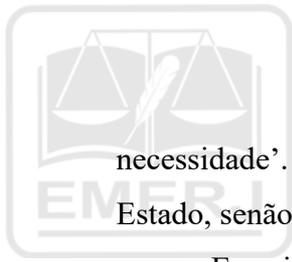
Com efeito, o postulado da solidariedade “tem, pois, no sistema brasileiro, expressão inegável e efeitos definidos, a obrigar não apenas o Estado, mas toda a sociedade. Já não se pensa ou age segundo o ditame de ‘a cada um o que é seu’, mas ‘a cada um segundo a sua

³⁴ FERREIRA FILHO *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 2.649/DF*. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

³⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 33.

³⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

³⁷ DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.22.



necessidade'. E a responsabilidade pela produção destes efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão que de toda a sociedade.”³⁸.

Em virtude disso, a disciplina infraconstitucional foi reformulada de modo a proteger o indivíduo da exploração e da miséria social, possibilitando-lhe a garantia de seu desenvolvimento, na medida de suas potencialidades.

Sob essa ótica, a progressiva constitucionalização do Direito Civil permitiu com que a autonomia privada cedesse, pouco a pouco, aos consectários do princípio da dignidade da pessoa humana. Informado, pois, pelo fundamento da República, a legislação infraconstitucional cuidou de observar as peculiaridades atinentes às pessoas com deficiência e, em especial, aos enfermos e doentes mentais.

Nesse panorama, se insere a discussão sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁹.

Em princípio, a Lei Brasileira de Inclusão destinou-se à proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Todavia, olvidou-se de manter a proteção patrimonial dos incapazes ao reformar o rol dos absolutamente incapazes, constante do art. 3º, do Código Civil⁴⁰.

Assim, ao retirar os enfermos e deficientes mentais do âmbito de proteção do art. 3º, acabou o legislador infraconstitucional por vulnerar o princípio da solidariedade, à medida em que deixa de observar a máxima “a cada um segundo a sua necessidade”.

Viola, igualmente, o princípio da proporcionalidade sob sua vertente da vedação à proteção deficiente (*untermassverbot*).

Ademais, extrai-se do ordenamento constitucional, o princípio da proporcionalidade. Como é cediço, o postulado da proporcionalidade ou da razoabilidade não se encontra expressamente previsto pela Constituição da República⁴¹.

De origem alemã, o princípio da proibição da proteção deficiente ou *untermassverbot* tem por objetivo a salvaguarda dos direitos fundamentais em face do menoscabo da legislação infraconstitucional. Em igual sentido, veja-se a decisão do Tribunal alemão⁴²:

O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). (...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente,

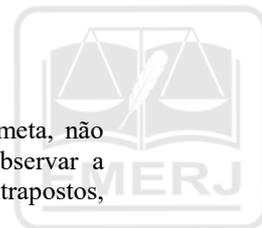
³⁸ BRASIL, op. cit., nota 33.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 10.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁴² BverfGE 88, 203, 1993 (Tribunal Constitucional Alemão) *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 102.087/MG. Relator(a): Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.



o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada.

Dessa forma, configura a proibição deficiente, o levantamento da proteção patrimonial constante do art. 196, do Código Civil⁴³. Tal atitude em detrimento dos enfermos e dos deficientes mentais acaba por violar, a uma só vez, os princípios da solidariedade e da proporcionalidade, em sua faceta da vedação à proibição deficiente.

Cinge-se, portanto, a crítica à reforma operada no bojo do artigo 3º, do Código Civil⁴⁴. Ao retirar os enfermos e os deficientes mentais do rol dos absolutamente incapazes, a Lei Brasileira de Inclusão retirou o principal mecanismo de proteção do patrimônio do incapaz, qual seja, a prescrição.

Nessa conjuntura, remanesce como instrumento de proteção patrimonial a responsabilização do curador pelos atos cometidos em detrimento do curatelado. É, pois, a única proteção que deflui do art. 197, inc. III, do Código Civil⁴⁵, extensível àqueles porventura declarados incapazes.

Embora a Lei Brasileira de Inclusão⁴⁶ tenha por mérito retirar as pessoas com deficiência de uma posição marginal na sociedade, terminou por subtrair-lhes importante dispositivo infraconstitucional que assegurava a incapacidade enquanto causa impeditiva do lapso prescricional.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 10.



O presente artigo científico buscou discutir a proteção patrimonial das pessoas com deficiência mental à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

No primeiro capítulo, resgatou-se a Teoria das Incapacidades à luz da redação originária do Código Civil de 2002 e da Constituição da República. Em primeira análise, o resgate histórico do tema foi necessário à medida que se explicava a proteção dispensada aos incapazes e, sobretudo, aos enfermos e deficientes mentais antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Destacou-se, ainda, a paulatina construção do sistema de proteção patrimonial do enfermo ou do deficiente mental desde o Código Bevilacqua até a reformulação terminológica do Código Reale.

No segundo capítulo, partiu-se para a Lei Brasileira de Inclusão e a reforma da Teoria das Incapacidades. O confronto entre a redação originária do Código Civil e a inovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência revelou a retirada da proteção patrimonial da pessoa com deficiência mental com a supressão da causa impeditiva de prescrição, prevista no art. 198, do Código Civil.

Por fim, no último capítulo, criticou-se a alteração legislativa introduzida pela Lei Brasileira de Inclusão a partir dos princípios constitucionais da solidariedade e da vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*). Para tanto, levou-se em consideração a construção jurisprudencial do E. Supremo Tribunal Federal, notadamente acerca do tema das pessoas com deficiência.

A partir do exposto, atingiu-se o objetivo central do texto ao tecer considerações e críticas acerca do ideal de que a capacidade seria a regra e a incapacidade, a exceção. Sob esse aspecto, olvidou-se o legislador ordinário do princípio da dignidade da pessoa humana, na faceta da especial vulnerabilidade que ostentam as pessoas com enfermidade ou deficiência mental.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110402/110406.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 7.699*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B7FCF49C6DAD533F2D29B7290118411C.proposicoesWebExterno1?codteor=432201&filename=PL+7699/2006>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. *Decreto nº 6.949*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. *Secretaria Especial dos Direitos da Pessoa Com Deficiência*. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaoopessoacomdeficiencia.pdf>> - Acesso em 07 de setembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.649/DF*. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

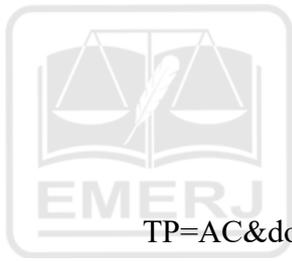
BverfGE 88, 203, 1993 (Tribunal Constitucional Alemão) *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102.087/MG*. Relator(a): Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. V. 1/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. 13. ed. Rev. Ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.649/DF*. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc>



TP=AC&docID=555517. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

SÃO PAULO. *Relatório Mundial sobre a Deficiência, disponibilizado pela Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência*, – Disponível em: <
http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf>. Acesso em: 06 de setembro de 2018.

DO ESTUPRO EM SUA MODALIDADE VIRTUAL: ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO TÍPICA NO USO DE MEIOS DIGITAIS PARA PRÁTICA DO DELITO CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Holmes Guilherme Duarte Rodrigues

Graduado pela Universidade do Grande Rio.
Advogado.

Resumo – Juntamente com a evolução da tecnologia, práticas criminosas têm sido expandidas. Dentre essas, destaca-se a o crime de estupro que atualmente tem sido verificado sua possibilidade na forma virtual. No entanto, a adequação do estupro em sua modalidade virtual deve ser mitigada, haja vista a necessidade da análise dos elementos do tipo, a fim de demonstrar a devida subsunção do fato à norma penal. Apesar da Lei 12.015/09 ter expandido a aplicação do crime de estupro, não foi capaz de prever de forma clara o alcance deste na modalidade virtual. Assim, o trabalho discute a possibilidade de adequação do crime de estupro virtual ao tipo penal de estupro, por meio de uma análise aguda dos elementos do crime, demonstrando a necessidade de atualização da legislação penal a fim de buscar melhor resposta penal ao ato praticado pelo agente criminoso.

Palavras-chave – Direito Penal. Estupro Virtual. Grave ameaça. Coação.

Sumário – Introdução. 1. O “Estupro Virtual” e a não adequação ao crime do art. 213 do Código Penal Brasileiro. 2. Análise da conduta no “Estupro Virtual” e a possível criação de um tipo intermediário. 3. A grave ameaça como critério para uma resposta penal justa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa discutir a adequação do crime de estupro em sua modalidade virtual. Procura-se demonstrar que a evolução tecnológica é base para a evolução da prática do crime de estupro, a qual o agente se utilizando de meios telemáticos visa praticar crimes contra a liberdade sexual de outrem. No entanto, é necessário apreciar se de fato o crime denominado de “estupro virtual” se subsume no tipo penal de estupro.

Para tanto, utiliza-se o estudo das características do crime de estupro, demonstrando as divergências doutrinárias quanto aos elementos para caracterização do referido crime contra a liberdade sexual e à análise da melhor jurisprudência a fim de justificar a necessidade de ampliação do ordenamento jurídico penal.

Por ser um tema novo e extremamente atual, a doutrina e a jurisprudência ainda não falam sobre a possibilidade de extensão do crime de “estupro virtual” ao crime contra a liberdade sexual tipificado como estupro.



Dessa forma, o estudo se dá a partir da análise do antigo tipo penal de atentado violento ao pudor e do atual tipo penal de estupro, passando pela análise do crime de constrangimento ilegal, a fim de verificar suas características incomum e suas diferenças.

Inicialmente o primeiro capítulo deste trabalho apresenta a alteração realizada no Título VI da Parte Especial do Código Penal por meio da Lei nº 12.015/09 que uniu os crimes de atentado violento ao pudor e estupro trazendo nova redação ao artigo 213 do Código Penal ampliando, assim, o crime de estupro. Ainda, no primeiro capítulo são estudadas as formas de constrangimento ilegal à prática do ato sexual a fim de verificar a necessidade de violência ou a grave ameaça para adequação típica ao gravíssimo crime de estupro.

Prosseguindo, o segundo capítulo abordará a possibilidade de criação de um tipo penal intermediário entre estupro e o constrangimento ilegal a partir da análise da conduta do agente no “estupro virtual”.

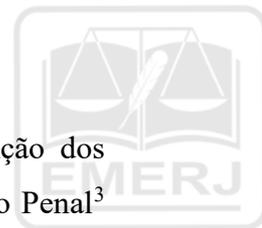
Finalizando o trabalho, o terceiro capítulo abordará de forma aguda a necessidade de uma ameaça grave como critério para uma justa resposta penal ao ato praticado pelo agente. Para tanto, o capítulo aponta possibilidades para melhor inferência da lei penal ao crime denominado “estupro virtual”.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo, por meio de uma análise sobre o problema social do “estupro virtual”, demonstrando a complexidade na aplicação do tipo penal de estupro ao caso concreto e verificando a melhor tipificação quanto ao ato delitivo ora estudado. Desta forma, o pesquisador se baseia na análise da legislação penal brasileira, doutrina e jurisprudência, a fim de sustentar sua tese.

1. O “ESTUPRO VIRTUAL” E A NÃO ADEQUAÇÃO AO CRIME DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O Título VI da Parte Especial do Código Penal sofreu grandes alterações com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/09¹, que mexeu na estrutura dos crimes contra os costumes (a partir da vigência da lei, o Título VI passou a se chamar “Dos crimes contra a dignidade sexual”) e alterou alguns tipos penais.

¹BRASIL, *Lei nº 12.015*, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.



Dentre as modificações trazidas pela Lei nº 12.015/09², destaca-se a junção dos crimes de atentado violento ao pudor e do estupro, unificados no art. 213 do Código Penal³ sob a denominação estupro.

Neste diapasão, é importante frisar que a ampliação das condutas configuradoras do delito de estupro não implicou na “abolitio criminis” em relação ao vetusto crime de atentado violento ao pudor, cuja conduta se manteve proibida em razão da incidência do princípio da continuidade normativo-típica, como se vê a partir da nova redação do art. 213 do CP.⁴

Assim, o art. 213 do CP⁵ passou a se caracterizar, com a vigência da lei em comento, como tipo de conteúdo variado, uma vez que a tipificação da conduta proibida previu duas ações distintas para o ilícito penal: a prática forçada da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, compreendendo-se este último como toda conduta que, anteriormente, era abarcada sob o “nomen iuris” atentado violento ao pudor.

Outra mudança sensível advinda da reforma legal se atém ao sujeito passivo do crime de estupro. Até a Lei nº 12.015/09⁶, apenas a mulher poderia ser vítima do delito, pois a descrição típica resumia-se à conduta de constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Após a sua vigência, a rede protetiva passou a alcançar também a figura masculina, o que se verifica no uso do pronome indefinido “alguém” na atual previsão legal.

Feitas estas breves considerações acerca das principais inovações decorrentes da Lei nº 12.015/09⁷ em relação ao delito de estupro, é preciso analisar os elementos do tipo penal para que, na sequência, seja possível aferir se a ação praticada à distância pode ser enquadrada como ato de cunho sexual e, desta forma, integrar a hipótese abstrata do art. 213 do CP.

Neste sentido, é importante esclarecer o significado do verbo nuclear do tipo: constranger. Segundo o Dicionário Michaelis online⁸, constranger tem a acepção de apertar(-se), subjugar, forçar, envergonhar(-se) ou incomodar(-se).

²BRASIL, op.cit., nota 1.

³BRASIL, *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

⁴Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

⁵Ibid.

⁶BRASIL, op.cit., nota 1.

⁷Ibid.

⁸MICHAELIS. *Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=LAG1>>. Acesso em 04 set. 2018.



Para o afã protetivo da lei, considerando-se que, no crime de estupro, o bem jurídico tutelado pela norma penal é a liberdade sexual da pessoa, o vocábulo *constranger* é claramente empregado com o sentido de coagir, forçar, subjugar, obrigar alguém à prática de algo, no caso, do ato sexual.

Importante ainda ressaltar que, para a existência do constrangimento à prática do ato sexual, o sujeito ativo há de se utilizar de violência (“*vis corporalis*”) ou de grave ameaça (“*vis compulsiva*”) para o sucesso da empreitada criminosa, sem o que o fato não possuirá adequação típica ao gravíssimo crime de estupro.

Outro ponto a ser debatido cinge-se ao fato de que a expressão “*conjunção carnal*” implica necessariamente no ato de penetração do pênis do homem na vagina da mulher, sendo também denominado de coito vaginal.

O magistério de Cezar Roberto Bitencourt⁹ não dá margem a dúvidas, e esclarece que “*conjunção carnal*, por sua vez, é a cópula vaginal, representada pela introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal. Por essa razão, não abrange o coito anal e a *felatio in ore*, pois, como destacava Hungria, o ânus e a boca não são órgãos genitais”.

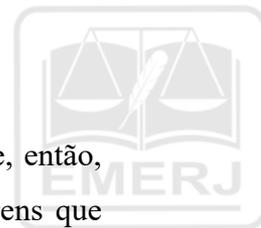
Em desdobramento diverso, é possível verificar a ocorrência do delito de estupro no caso em que o ofendido sofre constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, para a prática ou a permissão de que com ele se pratique ato libidinoso diverso da *conjunção carnal*.

Em relação à *conjunção carnal*, resta claro e evidente a necessidade do ofensor estar junto à vítima para que seja consumado o crime de estupro. Trata-se, neste caso, de ação forçosamente praticada em observância ao princípio “*solus cum sola in solitudine*”, isto é, não se concebe a cópula vaginal sem o contato real e efetivo do órgão sexual masculino com o órgão sexual feminino.

No entanto, o raciocínio seria o mesmo quanto à prática, pelo ofensor, de outro ato libidinoso (obviamente, diverso da *conjunção carnal*) mediante violência ou grave ameaça junto ao ofendido?

Imagine-se o seguinte caso: Maria, mulher casada com Brandão e mãe de Juquinha, porém apaixonada por João, resolve um dia marcar um encontro às escondidas com João a fim de praticar atos sexuais com este. No entanto, Zé ouve a conversa telefônica entre Mariazinha e João, e toma ciência da data, hora e local do encontro dos amantes.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 6. ed., V. 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97-98.



Chegado o dia do encontro, Zé se posiciona com sua câmerasuper potente e, então, no momento do ato sexual entre Maria e João, obtém diversas fotografias e filmagens que documentam com alto grau de qualidade o adultério.

Visando obter mais vídeos e fotos de Maria, Zé cria uma conta falsa no Facebook a fim de entrar em contato com esta, após o que, munido de todo seu arsenal de fotos e vídeos obtidos no fatídico dia do encontro extraconjugal de Maria, a constrange, mediante grave ameaça, ao envio, por meio eletrônico, de novos vídeos e fotos picantes.

Assim, por algum tempo Zé obteve diversos vídeos e fotos de Maria praticando atos libidinosos, até que ela, cansada das ameaças, decide procurar uma delegacia para lançar mão da “delatocriminis”. Após ouvir Maria, o delegado resolveu enquadrar Zé no crime de estupro na modalidade virtual.

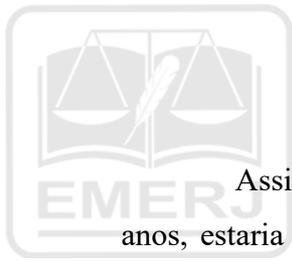
Partindo do pressuposto de que ato libidinoso é o praticado por uma pessoa a fim de obter prazer sexual, seria possível falar, no caso concreto, que o agente criminoso buscou de fato prazer sexual? E mais, há algum ato que pudesse ser enquadrado como ato libidinoso?

É possível o entendimento que quando o ato libidinoso é realizado por meio de contato físico, fica evidente o desejo do agente em saciar sua lascívia, obtendo prazer sexual mediante utilização de violência ou grave ameaça contra o ofendido. No entanto, como comprovar a busca pelo prazer sexual quando ofensor e ofendido não estão frente a frente, de forma presencial? De fato, o elemento subjetivo específico do crime parece inviável de se comprovar, visto que não se pode deduzir que o agente atuou com o objetivo de saciar seu apetite sexual.

Por outro lado, a ameaça dirigida à obtenção de novas fotos ou filmagens, e não à prática em si de atos libidinosos por parte da vítima, também põe em xeque a adequação típica entre a conduta praticada e o delito de estupro, pois o objeto material de tal conduta, a toda evidência, recai sobre o material pornográfico extorquido da vítima, e não sobre a sua liberdade sexual.

Fato é que, ao incriminar o agente pelo crime de estupro, as consequências da responsabilização penal lhes seriam muito severas, até desproporcionais ao mal praticado, mormente diante da constatação de que o crime de estupro está inserido no rol dos crimes hediondos, nos termos do art. 1º, V, da Lei nº 8.072/90¹⁰.

¹⁰BRASIL. *Lei de Crimes Hediondos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.



Assim, além de responder por um crime cuja pena é reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos, estaria o agente inapto a obter liberdade provisória mediante fiança, bem como veria aumentado o prazo para a progressão de regime e o livramento condicional.

Não obstante, nos termos do art. 5º, XLIII, da CRFB/88¹¹, o agente estaria, ainda, insuscetível de receber graça, anistia e, numa interpretação teleológica, indulto.

Em verdade, a conduta nomeada de “estupro virtual” não se trata do crime do art. 213 do Código Penal¹², mas a do delito tipificado no art. 146¹³ do mesmo diploma legal, qual seja, constrangimento ilegal. Assim, em uma breve análise do fato criminoso e do tipo penal de constrangimento ilegal, é possível verificar a melhor forma de subsunção do fato ao tipo.

Vale ressaltar que o intuito deste trabalho não é o de debater as condições de subsunção do fato ao tipo penal de constrangimento ilegal, mas sim demonstrar a não subsunção do fato supra narrado ao crime de estupro. Por isso, deve ficar consignado que existe aqui a pretensão de esgotar o estudo do crime de constrangimento ilegal, tampouco o estudo do crime de estupro, mas o de estabelecer um breve cotejo entre as mencionadas figuras típicas para, com isso, avaliar a melhor solução para o caso concreto.

Neste intento, verifica-se que, no delito de constrangimento ilegal, o agente utiliza-se de violência ou grave ameaça para fins de constranger a vítima, havendo aqui um ponto de contato muito nítido com o crime de estupro. No entanto, ao praticar o delito do art. 146 do CP¹⁴, o agente não possui o objetivo de obter prazer sexual, haja vista que, se assim o fizesse, o tipo do delito de constrangimento ilegal perderia a razão de existir, pois em flagrante conflito em relação à norma do art. 213 do CP¹⁵.

Por isso, ao verificar no caso concreto a conduta do agente criminoso de constranger a vítima, por meio de grave ameaça, a fim de obter, unicamente por meios eletrônicos, imagens e vídeos desta praticando atos libidinosos, torna-se demasiadamente difícil a comprovação de que o agente criminoso visava ao seu prazer sexual, haja vista, dentre outras, a possibilidade de utilização dos vídeos e fotos para venda no mercado negro de pornografia.

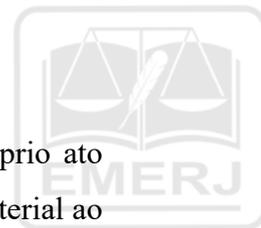
¹¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

¹²BRASIL, *op.cit.*, nota 3.

¹³Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

¹⁴BRASIL, *op.cit.*, nota 3.

¹⁵Ibid.



Ademais, fica difícil avaliar se o ato de constrangimento referiu-se ao próprio ato voluptuoso por arte da vítima ou se visava apenas a submissão desta em entregar o material ao achacador.

Nesta esteira, é preciso lembrar que cabe ao Ministério Público o ônus da prova do fato criminoso praticado pelo agente, devendo demonstrar indícios de autoria e materialidade, bem como trazer as provas do crime praticado. No entanto, no caso do “estupro virtual” se torna ineficaz o pedido de condenação do ofensor pela prática do crime do art. 213 do Código Penal¹⁶, visto que resta prejudicada a comprovação da busca do agente pelo prazer sexual.

Por isso, e à míngua de tipo penal intermediário que pudesse resolver o caso de maneira equitativa, restaria ao “Parquet” imputar ao agente a prática do crime de constrangimento ilegal, tipificado no art. 146 do Código Penal¹⁷.

Frise-se que o enquadramento do “estupro virtual” ao tipo penal de constrangimento ilegal não parece ser a solução definitiva, visto que o fato criminoso é gravíssimo e tem o potencial de causar severos abalos à dignidade da vítima.

Porém, a fim de não deixar impune a conduta do agente, atualmente é o tipo penal que mais se enquadra ao caso apelidado de “estupro virtual”, o que recomenda um ajuste por parte do legislador a fim de corrigir a desproporção da resposta penal em casos que tais.

2. ANÁLISE DA CONDUTA NO “ESTUPRO VIRTUAL” E A POSSÍVEL CRIAÇÃO DE UM TIPO INTERMEDIÁRIO

O “estupro virtual” surgiu como a possibilidade de responsabilização das condutas ilícitas em que o agente delitivo, a despeito de não manter contato físico direto com sua vítima, a constrange à prática de ato libidinoso.

Com efeito, essa hipótese decorreu do progresso tecnológico que impulsionou a humanidade nas últimas décadas e possibilitou uma nova modalidade de relacionamentos para além do contato pessoal.

É bem verdade que, já na segunda metade do Séc. XIX, o telefone deu início a essa revolução, mas o desenvolvimento e a popularização da Internet sem dúvidas abriram margem não apenas às formas de comunicação à distância, mas ao convívio virtual entre pessoas afastadas entre si no plano espacial.

¹⁶BRASIL, op.cit., nota 3.

¹⁷Ibid.



A partir desse mundo novo, surgiram novos problemas em razão da complexidade ínsita ao ser humano, e que explica a atuação da Ciência Jurídica no intuito de manter a lei e a ordem ou, nos dizeres de Miguel Reale, “um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros”¹⁸.

É nessa perspectiva garantidora, aliás, que o “estupro virtual” foi preconizado como uma resposta às novas formas de atuação ilícita penalmente relevantes em que o ambiente digital é pano de fundo para a prática do ato lesivo.

Não há, portanto, uma nova descrição típica buscando abarcar essa recente hipótese delitiva, mas uma leitura da lei penal, pelo operador do direito, que resolva as demandas atuais da sociedade, considerando a função pacificadora do Direito e, ainda, o dinamismo social que notabiliza os tempos modernos.

A partir de tais considerações, o “estupro virtual” decorreu da aplicação da letra do art. 213 do CP¹⁹ em hipóteses que, em ambiente telemático, se verifica a prática de atos de cunho sexual envolvendo o sujeito ativo, que se utiliza da grave ameaça para atingir o seu intento, e o sujeito passivo, que fica à mercê da chantagem perpetrada pelo agente.

O problema reside na dificuldade em identificar todas as elementares do delito de estupro, uma vez que nem sempre a concupiscência do infrator se revela de forma cristalina, assim como a liberdade sexual da vítima, objeto de tutela do art. 213 do CP²⁰, nem sempre estará sob risco.

A norma em comento dispõe cometer o delito de estupro aquele que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Como já abordado anteriormente, a conjunção carnal somente se procede “soluscum sola in solitudine”, ou seja, o contato físico entre vítima e criminoso é pressuposto para a adequação típica. Por tal motivo, a primeira parte do tipo penal de estupro refoge à análise jurídica acerca do cabimento ou não da tipificação da conduta chamada de “estupro virtual” a título de estupro.

O espaço amostral desta abordagem, por óbvio, se limita às hipóteses em que o delito se perfaz mediante o constrangimento da vítima à prática de ato libidinoso diverso da

¹⁸REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

¹⁹BRASIL, op.cit., nota 3.

²⁰Ibid.

conjunção carnal, oportunidades que, ao menos em tese, poderão ensejar solução do caso concreto mediante o enquadramento da conduta imputada no tipo do art. 213 do CP²¹.

É importante destacar que tal possibilidade encontra guarida em boa parte da doutrina, a exemplo do posicionamento de Rogério Greco, que diz:

“... não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito de estupro, quando a conduta do agente for dirigida no sentido de fazer com que a própria vítima pratique o ato libidinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar.”²²

A jurisprudência ainda não se firmou de maneira definitiva quanto ao tema, embora em decisão monocrática no ARE nº 1066864, o Min. Dias Toffoli tenha ratificado decisão já proferida pela 5ª Turma do STJ, ao dizer, a respeito dos delitos dos arts. 213 e 217-A do CP, ser “irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido”²³.

Entretanto, apesar de tais inclinações no âmbito da doutrina e quiçá da jurisprudência, entendemos que o delito denominado “estupro virtual” precisa ser melhor apreciado, de forma a não permitir a banalização do direito penal em questões que, embora graves, não justifiquem a aplicação de sanção penal tão gravosa quanto a do art. 213 do CP²⁴.

Neste mister, o art. 146 do CP²⁵ atende à necessidade de tutela penal nas hipóteses de delitos envolvendo o constrangimento das vítimas a transferir material pornográfico aos agentes delitivos, apesar de maneira muitas vezes tímida no caso concreto.

Em todo caso, a vacuidade legislativa não pode servir de permissão para que acusações desarrazoadas e sem a demonstração inequívoca da vontade de satisfação da lascívia por parte do agente ensejem o risco penal e processual penal que o delito de estupro traz ao infrator.

Outrossim, mormente em circunstâncias em que o elemento subjetivo do injusto não se mostre plenamente caracterizado, a imputação do infrator às penas do crime de constrangimento ilegal se mostra mais afeita a uma solução justa das hipóteses que encerram

²¹BRASIL, op.cit., nota 3.

²² GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 637.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1066864*. Decisão Monocrática: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492489613/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1066864-rs-rio-grande-do-sul-0370400-3920128217000>>. Acesso em: 04 set. 2018.

²⁴BRASIL, op.cit., nota 3.

²⁵Ibid.



o delito de “estupro virtual”, ao menos até que o legislador resolva a questão inserindo norma que encerre causa especial de diminuição de pena em casos de prática do delito de estupro que não configurem violência real ou, ainda, cujos meios de execução possam evidenciar um desvalor da conduta que justifique a incidência da redução da pena abstratamente prevista no art. 213 do CP²⁶.

3. A GRAVE AMEAÇA COMO CRITÉRIO PARA UMA RESPOSTA PENAL JUSTA

Como verificado nos capítulos anteriores, o tema em questão gera grandes debates e diversos apontamentos acerca da possibilidade ou não da adequação do fato denominado “estupro virtual” ao tipo penal do art. 213 do Código Penal²⁷. No entanto, partindo do pressuposto quanto à possibilidade de ocorrência do estupro mesmo sem o contato físico entre agente criminoso e vítima, faz-se necessário refletir sobre a grave ameaça como balizamento para a caracterização ou o afastamento do delito contra liberdade sexual, os quais serão vistos adiante.

Em análise simplificada do tema em questão, é possível verificar que o agente utiliza-se de meios virtuais ou telemáticos para alcançar o objetivo de obter imagens ou vídeos de sua vítima, ou seja, o agente, para constranger a vítima nessa modalidade de crime, deverá se utilizar sempre da grave ameaça como meio de coerção, haja vista que se existir contato físico entre agente e vítima, não haverá dúvidas quanto à tipificação do delito, que será mesmo o do art. 213 do CP²⁸.

Portanto, para que se fale em “estupro virtual”, forçoso é reconhecer o meio virtual de realização dos atos executórios, sem o quê o delito será outro que não o analisado neste estudo.

Nesse contexto, deixando de lado a discussão quanto à busca pela saciação da lascívia ou não do agente criminoso como elemento especial do crime de estupro, é preciso observar a existência da grave ameaça para a escorreita tipificação do “estupro virtual” segundo o tipo do art. 213 do CP²⁹, pois esse o comando normativo da lei penal.

²⁶BRASIL, op.cit., nota 3.

²⁷Ibid.

²⁸Ibid.

²⁹Ibid.



Em outras palavras, para constranger alguém a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, é necessário que esse ato de constrição seja caracterizado pelo emprego de violência ou de grave ameaça. Se houver violência, há contato físico e, via de consequência, o crime será o de estupro. Nos casos em que não há violência real, isto é, em havendo a chamada grave ameaça, abre-se a janela de possibilidade de enquadramento da conduta no que se convencionou chamar de “estupro virtual”.

Desta forma, a grave ameaça é o ponto central do debate sobre esta modalidade delitiva, e norteará o exercício da prestação jurisdicional ao fornecer ao juiz elementos de cognição suficientes para a localização da conduta no quadro normativo do Código Penal, assim como também fomentará a atuação legislativa a fim de estabelecer uma diferenciação nas respostas penais conforme a gradação da ameaça impingida à vítima e seu poder de sublimação da liberdade sexual desta.

A grave ameaça pode ser definida como a “vis compulsiva”, o constrangimento provocado na vítima objetivando determinado fim: no roubo (art. 157 do CP)³⁰, a subtração da coisa alheia móvel; na extorsão (art. 158 do CP)³¹, a submissão da vítima a um comportamento ativo ou passivo que permita ao agente (ou outrem) uma indevida vantagem econômica. Nestes exemplos, fica clara a intenção de atingir ao patrimônio da vítima, o que não ocorre no delito de constrangimento ilegal (art. 146 do CP)³², em que o bem jurídico violado é a sua liberdade pessoal.

A partir de tais considerações, é possível afirmar que, no delito de “estupro virtual”, ou seja, a chantagem dirigida à vítima para que ela forneça ao agente material de cunho autoerótico, a grave ameaça tem a finalidade de obtenção dos arquivos contra o desejo da pessoa constrangida.

Evidentemente, trata-se de uma ação criminosa cuja premissa se assenta no poder de intimidação da vítima e, por extensão, no grau de esbulho que tal conduta trará à liberdade do ofendido.

Portanto, no estupro virtual a grave ameaça descrita pelo tipo penal do art. 213 do CP³³ deverá ser suficiente para torná-la insuportável aos olhos da vítima, a ponto de ela não deixar de praticar o ato imposto pelo agente, ameaçada que se sente de vir a sofrer o mal injusto e irreparável prometido.

³⁰BRASIL, op.cit., nota 3.

³¹Ibid.

³²Ibid.

³³Ibid.



É neste ponto que a grave ameaça deverá ser objeto de avaliação judicial, de forma que se estabeleça uma necessária diferenciação entre as hipóteses em que a ameaça desferida contra a vítima possa ser concebida como verdadeira prática de coação moral irresistível ou, por outro lado, seja vista como uma coação que, embora existente, não afastou o poder de reação da pessoa ameaçada.

No primeiro caso, estar-se-ia diante de esbulho à liberdade sexual da vítima, forma especial e mais gravosa de supressão da liberdade pessoal; na segunda hipótese, embora a afronta recaia também sobre a liberdade sexual do ofendido, sua incidência não é de tal monta que se justifique uma apenação idêntica àquela situação mais gravosa, o que recomenda um abrandamento do preceito secundário estabelecido no art. 213 do CP³⁴.

Essa tarefa de valoração da ameaça deve ocorrer no caso concreto, quando a autoridade judicial decidirá, segundo a prova dos autos, o grau de coercibilidade que a ameaça foi capaz de produzir na pessoa da vítima. Se irresistível, o agente delitivo estará sujeito às penas do art. 213, “caput”, do CP³⁵; se, no entanto, resistível, a uma pena intermediária (nem tão leve quanto à pena do constrangimento ilegal, nem tão severa quanto à do “caput” do art. 213).

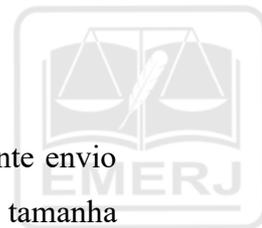
Assim, tendo-se em mente que a hipótese de “estupro virtual” encerra a prática do ato de ameaça sem contato físico entre agente e vítima, é correto supor-se que em tal modalidade delituosa a vítima terá maiores possibilidades de resistir à coação perpetrada do que no caso em que há contato físico entre ambos, pois o lapso entre a ameaça e a prática do ato libidinoso permitirá, na maioria das vezes, oferecer à vítima uma reflexão acurada entre ceder ou resistir ao intento criminoso do agente.

Nessa disputa interna entre a sua liberdade sexual e o mal prometido, a vítima teria condições de se orientar quanto ao quê fazer diante de seu drama, o que, ao menos em tese, não a deixaria à mercê de seu malfeitor, mas de posse da liberdade para optar entre a submissão ou a resistência.

É o caso, por exemplo, do homem que descobre o adultério praticado por sua vizinha e a constrange à prática de atos libidinosos em troca de seu silêncio. Se a ameaça for praticada de maneira presencial, isto é, em circunstância que não dê à vítima o tempo suficiente para amadurecer a ideia de se opor à coação, tipifica-se o delito de estupro.

³⁴BRASIL, op.cit., nota 3.

³⁵Ibid.



Por outro lado, se a ameaça for praticada à distância (por exemplo, mediante envio de mensagem eletrônica ou de telefonema), é de se perquirir se ela foi de tamanha contundência a afastar o poder de resistência da vítima. Assim, se a coação visa à prática imediata do ato libidinoso, como é a hipótese de ameaça realizada por telefone, em que a vítima é confrontada ao envio do material instantaneamente, o fato se amoldaria completamente ao tipo do art. 213, “caput”, do CP³⁶.

Outrossim, se a ameaça não se revestiu desta imediatividade suso retratada, como, por exemplo, na hipótese de exigência feita por e-mail ou sms, permitindo à vítima que reflita acerca do atendimento ou não das solicitações ilegais, aí a resposta penal não poderia ter a mesma contundência da pena cominada para o delito de estupro.

Sendo esta última hipótese a que se denomina de “estupro virtual”, o legislador poderia resolver essa questão afeta à proporcionalidade mediante a inserção, no próprio tipo do art. 213 do CP³⁷, de causa especial de diminuição de pena que leve em consideração o menor desvalor da conduta praticada virtualmente, seja porque permitiu à vítima repensar a sua submissão aos intentos ilícitos do agente, seja porque sua dignidade sexual, embora atacada, não se revestiu da lesividade que as demais situações retratadas apresentaram.

CONCLUSÃO

Como verificado durante o trabalho, os meios virtuais têm sido constantemente utilizados para prática de diversos delitos. No entanto, em relação à prática do crime de estupro, sempre se coadunou ao tipo penal a ideia de que seria necessário o contato físico para concretude de tal crime contra a dignidade sexual, haja vista a prática da conjunção carnal e do ato libidinoso por meio de violência ou grave ameaça constituírem meios de saciação do libido do agressor ou de um terceiro, o que virtualmente é bem difícil de se comprovar, como se pôde analisar.

Nesse sentido, é necessário frisar que caso não seja verificado a prática da grave ameaça a fim de demonstrar a coação moral irresistível o agente criminoso, apesar de ter obtido vantagem sexual não estará cometendo o crime de estupro, mas sim o de constrangimento ilegal. Assim, ao ser condenado, o agente terá uma pena que não condiz com o tamanho da gravidade de seu ato. O que de fato, afasta uma justa punição penal.

³⁶BRASIL, op.cit., nota 3.

³⁷Ibid.



De outra forma, como se pôde verificar no terceiro capítulo, o fato do ato criminoso ser realizado à distância, não havendo contato físico, apesar de ser grave, também não se coaduna com a justa punição penal.

Por fim, diante do exposto em todo o trabalho, torna-se imprescindível uma atuação por parte do Poder Legislativo a fim de solucionar a problemática, sem prejuízo de uma orientação firme por parte da magistratura no sentido de compreender a necessidade de avaliar o estupro virtual como hipótese ensejadora, conforme assim o recomende a prova dos autos, de uma resposta penal diferente da que é imposta aos que praticam o crime de estupro mediante violência ou grave ameaça concernente a coação irresistível.

REFERÊNCIAS

_____. *BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1066864*. Decisão Monocrática: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492489613/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1066864-rs-rio-grande-do-sul-0370400-3920128217000>>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. *Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. *Lei de Crimes Hediondos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 6. ed., V. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MICHAELIS. *Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=LAG1>>. Acesso em: 04 set. 2018.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A REPERCUSSÃO DA NÃO CLASSIFICAÇÃO DA POSSE COMO DIREITO REAL À LUZ DA LEI Nº 13.465/2017 EM FACE AO CENÁRIO URBANO

Ian Assed Estefan França

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

Resumo – o crescimento da população e constante expansão da área urbana nas grandes cidades se mostraram, nas últimas décadas, mais do que apenas uma consequência natural da urbanização da economia e avanço tecnológico, mas também causa para um aumento na dificuldade do Estado em prover moradia digna e regularizada para todos. Embora a posse esteja prevista no Código Civil a partir do art. 1196, e encontre proteção por meio das ações possessórias, a mesma não encontra resguardo como Direito Real no rol do art. 1225, mantendo assim certo grau de precariedade em relação a terceiros e ao Estado. A essência do trabalho é verificar a adequação dessa classificação e demonstrar as vantagens trazidas por ela ao exercício do direito de moradia.

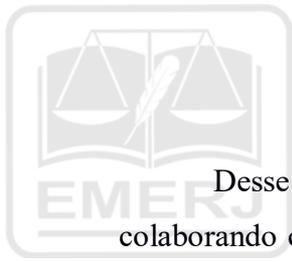
Palavras-chave – Direito Civil. Direitos Reais. Posse. Área Urbana.

Sumário – Introdução. 1. Por que a Posse não consta no rol do art. 1225, do Código Civil, como Direito Real? 2. As vantagens que a caracterização da Posse como Direito Real traria ao cenário urbano. 3. Comparação entre o Direito de Laje e a possibilidade de arrolamento da posse no rol dos Direitos Reais à luz da Lei nº 13.465/2017. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa apresentada discute as repercussões causadas pelo não reconhecimento da posse como direito real diante da realidade do cenário urbano, em especial comunidades de baixa renda, e sua comparação com o direito de laje, recentemente adicionado pela lei 13.465/2017. Objetiva-se discutir a precariedade da moradia das camadas carentes habitantes de áreas urbanas e como a regularização por meio do registro de direitos reais pode auxiliar a Administração Pública na garantia constitucional à moradia digna.

Embora a posse esteja prevista no Código Civil a partir do art. 1196, e encontre proteção por meio das ações possessórias, a mesma não encontra resguardo como Direito Real no rol do art. 1225, mantendo assim certo grau de precariedade em relação a terceiros e ao Estado. O mesmo ocorre com a divisão do imóvel sobre laje, que, embora já previsto como Direito Real, incluído pela Lei nº 13.465/2017, ainda não recebe o tratamento legal adequado frequentemente.



Desse modo, a habitação precária continua corriqueira em largas áreas das metrópoles, colaborando com a irregularidade e insegurança jurídica da moradia desses habitantes, assim como dificultando a fiscalização pela Administração Pública.

O tema merece atenção por ser controverso na doutrina, uma vez que o crescimento da população e constante expansão da área urbana nas grandes cidades se mostram causa para um aumento na dificuldade do Estado em prover moradia digna e regularizada para todos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho defendendo a nítida proximidade da posse em seu exercício ao restante dos direitos reais, munidos de eficácia *erga omnes* e registro público, devendo ser considerada, portanto, sua inclusão no rol do art. 1225, CC. Observa-se que a posse é tratada separadamente, como algo mais precário que os direitos reais arrolados pelo diploma. Todavia, o que se observa nas sociedades urbanas atuais é a constante ocupação habitacional por via da simples posse, que, desmuniada de garantias e prerrogativas reais, não oferece qualquer proteção aos dependentes do instituto.

Ao longo do segundo capítulo, busca-se analisar, diante da precariedade da moradia em que grande parcela da população urbana se encontra, quais são as vantagens trazidas pela qualificação da posse como direito real, como forma de garantir maior segurança ao direito à moradia dessas pessoas.

Na medida em que as populações urbanas, especialmente nas áreas de comunidade, crescem em grande escala, maior é a concentração de moradia irregular dessas pessoas. Isso se dá em grande parte por se tratar de imóveis detidos por pura posse, sem qualquer direito real que forneça as garantias necessárias a uma moradia digna.

Por fim, o terceiro capítulo realiza uma comparação com a recente inclusão do direito de laje pela lei nº 13.465/2017, sob o fundamento de normatização das novas formas de moradia estabelecidas na sociedade urbana moderna, como fundamento para a inclusão da posse no rol de direitos reais do Código Civil.

A tese que se cria é a de que a inclusão do direito de laje permitiu a uma parcela da população que passou a criar imóveis sobre outros imóveis teve seu direito real àquela superfície reconhecido, assim havendo a possibilidade de regularização e proteção de seus direitos. Se fosse ocorrer algo semelhante para a posse, a abrangência dessa proteção seria ainda maior.

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.

Portanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é 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 a sua tese.

1. POR QUE A POSSE NÃO CONSTA NO ROL DO ART. 1225, DO CÓDIGO CIVIL, COMO DIREITO REAL?

A posse figura no direito civil como um instituto especialmente controvertido, não somente pelo conteúdo de direito material que a cerca, mas ainda pela divergência em torno de seu conceito e natureza jurídica. Dirimir tal controvérsia e entender os posicionamentos acerca do assunto se mostra essencial, portanto, não somente para seu entendimento teórico dogmático, mas também para sua aplicabilidade no meio jurídico.

A discussão quanto à natureza jurídica da posse se divide em três principais correntes. Para Ihering¹, a posse é nada mais que um direito, no sentido de interesse juridicamente protegido. Nesse raciocínio, ela constituiria condição para a utilização econômica e social da propriedade, merecendo assim a salvaguarda do ordenamento jurídico.

Por outro lado, uma segunda corrente, à qual se filia Windscheid², entende ser a posse mero fato, não possuindo autonomia, sendo mero acessório ao exercício de outros direitos. Desse modo, não teria a posse valor jurídico próprio. Entende-se, dentre as teorias, ser essa a que menos se sustenta face ao direito brasileiro, uma vez que a figura da posse se encontra respaldada de diversas maneiras no ordenamento jurídico, tendo, inclusive medidas protetivas para si, não cabendo restringi-la à pura realidade de fato.

Por fim, a terceira corrente é a adotada por Savigny³, eclética ou mista, que define a posse como fato e direito. No que diz respeito a seu exercício, compreendendo a detenção da coisa, é fato, considerada em seus efeitos, por sua vez, é direito. É a corrente mais comum.

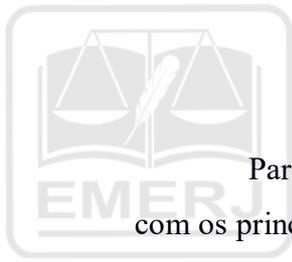
Assim, observa-se que em ambas as correntes predominantes, seja a de Ihering ou a de Savigny, a posse é um direito. Contudo, a discussão que se busca é acerca da categoria desse direito. Para Savigny⁴, trata-se de direito pessoal, vale dizer, obrigacional, por sua vez, Ihering a classifica como direito real.

¹IHERING apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, V. 5: direito das coisas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

²Ibid., p. 73.

³SAVIGNY apud Ibid.

⁴ Ibid.



Para aproximar a posse dos direitos reais ou pessoais, faz-se necessária a comparação com os princípios que os regem e averiguar dos quais se aproxima ou afasta. Os direitos reais são eficazes contra todos, *erga omnes*, ensejando o direito de sequência, de perseguir a coisa e reivindicá-la, ao passo que os direitos obrigacionais geram efeitos somente entre as partes. A publicidade também se configura como princípio dos direitos reais, uma vez que para que sejam oponíveis a todos, precisam ser de conhecimento de todos.

Há ainda expressivas diferenças quanto aos sujeitos e objeto dos direitos reais e dos direitos obrigacionais. O objeto de direitos reais será sempre tangível, corpóreo, passível de detenção, portanto, coisa determinada, ao passo que o objeto do direito obrigacional será uma prestação, pode ser genérico, exigindo-se apenas que seja determinável. Quanto ao sujeito, o direito real só possui sujeito passivo determinado no momento em que é violado, sendo oponível a todos de maneira abstrata enquanto não há violação. Já o direito pessoal nasce com sujeitos determinados, surtindo efeitos somente entre eles.

Desse modo, observa-se que a posse, por incidir sobre coisa determinada e ser exercida perante todos, aproxima-se da natureza de direito real, mais que de direito pessoal.

Conforme Maria Helena Diniz⁵:

o nosso legislador andou bem em adotar a tese de Ihering, porque se não há propriedade sem posse, dar proteção a esta é proteger indiretamente aquela; se a propriedade é direito real, a posse também o é, se a posse for ofendida, ofende-se também o domínio, daí o motivo pelo qual se deve proteger a posse na defesa da propriedade.

Todavia, o Código Civil adotou o princípio do *numerus clausus*, ou seja, a lei enumera os direitos reais, especificamente no art. 1.225⁶, de modo taxativo, excluindo a posse desse rol. Além disso, conforme aponta Marcus Vinicius Gonçalves⁷, a posse não goza do caráter absoluto dos direitos reais, uma vez que embora seja protegida, sempre cederá perante a propriedade, por meio das ações reivindicatórias. Ademais, pela falta da publicidade da posse, que não se vale do registro como a propriedade, por exemplo, ela não será oponível ao terceiro de boa-fé, conforme o art. 1.212⁸, do Código Civil.

Em razão da aplicação técnica da norma, a posse não se enquadra perfeitamente como direito real.

⁵DINIZ apud VASCONCELOS, Wilker Siqueira de. *Natureza jurídica da posse*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/natureza-juridica-da-posse>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁶BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁷GONÇALVES apud GONÇALVES, op. cit., p. 75-76.

⁸BRASIL. op. cit., nota 6.



Diante disso, Clóvis Beviláqua⁹ entende que a posse se trata de direito especial, *sui generis*, não se encaixando tecnicamente aos direitos reais, mas afastando-se também dos direitos pessoais, possuindo características ora de estado de fato, ora de estado de direito.

Assim, tem-se que a posse, apesar da forte proximidade, falha ao se enquadrar como direito real por aspectos técnicos, uma vez que, por opção, o legislador a afastou do rol do art. 1.225, do Código Civil, não conferindo ao referido direito o caráter absoluto dado aos direitos reais.

Evidentemente, a não classificação da posse traz efeitos diferenciados daqueles que trazem os direitos reais, em especial no que toca os bens imóveis, porém essa análise será feita no capítulo seguinte. Ainda assim, vale adiantar que, diante da conclusão quanto à natureza que se dá à posse no ordenamento pátrio atual, esse direito é munido de certa precariedade em relação a outros direitos reais, em especial no que tange a sua publicidade e oponibilidade a terceiros.

Desse modo, entende-se que, na medida em que o ordenamento retira da posse características de direito real, mais ela se aproxima de mero estado de fato. O posicionamento que prevalece, apesar de técnico, retira da posse seu potencial constitutivo de direito. O direito de posse é tratado separadamente, de forma precária.

Conclusão da qual surge o questionamento sobre quais vantagens a maior aproximação da posse a um direito real traria, sobretudo em uma sociedade com parte expressiva de sua população vivendo em bens imóveis sem a regularização que os direitos reais demandam, permanecendo com a pura – e mera – posse.

2. AS VANTAGENS QUE A CARACTERIZAÇÃO DA POSSE COMO DIREITO REAL TRARIA AO CENÁRIO URBANO

Conforme foi analisado no capítulo anterior, apesar de se aproximar do conceito de direito real, a posse não é caracterizada como tal pelo rol do art. 1.225¹⁰, do Código Civil. Desse modo, o instituto da posse revela certa precariedade em relação a terceiros e ao Estado, uma vez que não goza das mesmas garantias e salvaguarda do ordenamento jurídico.

De acordo com o Censo 2010 do IBGE¹¹, o Brasil tinha aproximadamente 11,4 milhões

⁹BEVLÁQUA apud *ibid.*, p. 76.

¹⁰BRASIL. *op. cit.*, nota 6.

¹¹ IBGE. *Dia Nacional da Habitação*: Brasil tem 11,4 milhões de pessoas vivendo em favelas. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-favelas.html>>. Acesso em: 10 set. 2018.



de pessoas morando em favelas e cerca de 12,2% delas, equivalente a 1,4 milhão, habitavam o Rio de Janeiro. Tal número equivale a cerca de 22,2% dos cariocas, ou praticamente um em cada cinco, morando de favelas. Desse modo, tem-se que larga parcela da população encontra-se em habitação potencialmente irregular, em imóveis que detêm por via da posse, pela simples ocupação ou expansão da área que já ocupavam.

O crescimento populacional e a constante expansão da área urbana nas grandes cidades se mostram causa para um aumento na dificuldade do Estado em prover moradia digna e regularizada para todos. Tal cenário se agrava uma vez que a forma corriqueira, dotada de certa informalidade, de ocupação territorial não é devidamente regularizada, e é justamente esse tipo de modalidade que predomina nas áreas marginalizadas das metrópoles.

Assim, busca-se analisar, neste capítulo, diante da precariedade da moradia em que grande parcela da população urbana se encontra, quais vantagens trazidas pela qualificação da posse como direito real, como forma de garantir maior segurança ao direito à moradia dessas pessoas.

O direito à moradia é previsto pela Constituição Federal¹², em seu art. 6º, como direito social fundamental, de modo que é dever do Estado garantir a segurança desse direito à população.

Pela simples análise fática da atualidade, percebe-se que a Administração Pública não consegue garantir a moradia digna a todos, de modo que grande parte dessa população à margem recorre a meios informais de moradia, dentre os quais a posse de terrenos e construção sobre eles, estabelecendo moradia sem qualquer formalidade requerida para a constituição da propriedade.

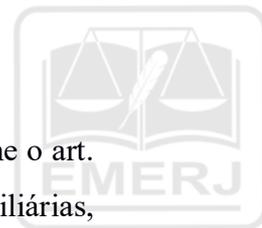
Ocorre que, como já observado, o exercício da posse não dispõe dos mesmos mecanismos de segurança que a propriedade e outros direitos reais recebem. O Entendimento que se tem é no sentido de que, ao atribuir à posse a possibilidade de ser formalizada, ela estaria protegida perante terceiros e o Estado. Tal formalidade seria mais precisamente o registro como modo de aquisição e publicidade da condição de possuidor e imóvel sob posse.

A legislação brasileira, por meio da Lei nº 6.015¹³, de 1973, a Lei de Registros Públicos, proporcionou segurança aos negócios imobiliários, pautando-se por diversos princípios¹⁴, dentre os quais se destacam a publicidade, a fé pública e especialidade.

¹²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹³BRASIL. *Lei de Registros Públicos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁴GONÇALVES, op. cit., p. 301.



O primeiro deles e possivelmente o mais relevante é o da publicidade. Conforme o art. 17¹⁵ da Lei de Registros Públicos, o registro confere publicidade às transações imobiliárias, fazendo-as valer contra terceiros¹⁶. Sujeitar a posse a registro possibilitaria a publicização da imissão na posse, fazendo valer para terceiros e para o Estado de que o imóvel está sendo ocupado e, no caso de se tratar de moradia para famílias de baixa renda, cumprindo função social, de maneira comprovada e datada.

Assim, seria possível ao possessor de boa-fé impugnar tentativas de retirada por meio de um documento comprobatório de sua habitação, não se sujeitando a comprovações testemunhais de pouca força probatória.

Já o princípio da fé pública complementar a publicidade, pois tal documento comprobatório gozaria de força probante, ou presunção de veracidade, o que daria força ainda maior à comprovação do exercício daquela posse. Trata-se de presunção *juris tantum*¹⁷, vale dizer, há a presunção de veracidade até que se prove o contrário, conforme reforça o art. 1.247, o Código Civil¹⁸, que dispõe que poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule registro que não expressar a verdade.

Por sua vez o princípio da especialidade, previsto no art. 225¹⁹ (BRASIL. Op. Cit.) da Lei de Registros Públicos, faz a exigência da minuciosa individualização do bem a ser registrado²⁰. Tratando dos dados geográficos e físicos do imóvel, o princípio da especialidade daria maior certeza quanto à extensão e localização do imóvel sob posse, deixando menor margem para discussão acerca de erros em demarcação e invasões de terreno entre vizinhos.

Com a aproximação do instituto da posse aos direitos reais, seria possível sua regularização por meio do registro, atribuindo publicidade e segurança ao seu exercício. Ao aplicar princípios como os acima citados, a posse se torna oponível a terceiros e verificável pelo Estado, de forma que estaria dotada de documento de fé pública, descrevendo as características essenciais do imóvel, e, em especial, atribuindo data real para início de seu exercício, de modo que não mais estariam sujeitos à precariedade de provas e direito à qual os moradores de áreas nessa situação se sujeitam.

Observa-se, portanto que, com o crescimento da população, especialmente nessas áreas de comunidade, há a concentração de moradia irregular dessas pessoas. Isso se dá em grande

¹⁵BRASIL. op. cit., nota 13.

¹⁶GONÇALVES, op. cit., p. 301.

¹⁷Ibid., p. 302.

¹⁸BRASIL. op. cit., nota 6.

¹⁹BRASIL. op. cit., nota 13.

²⁰GONÇALVES. op. cit., p. 307.



parte por se tratar de imóveis detidos por pura posse, sem qualquer direito real que forneça as garantias necessárias a uma moradia digna.

A regularização de moradias em áreas de baixa renda mostra-se não só uma forma de prover o direito à moradia digna dessa camada da população, mas também uma forma de monitoramento e arrecadação por parte do Estado que passa a ter conhecimento das habitações que se instalaram.

3. COMPARAÇÃO ENTRE O DIREITO DE LAJE E A POSSIBILIDADE DE ARROLAMENTO DA POSSE NO ROL DOS DIREITOS REAIS À LUZ DA LEI Nº 13.465/2017

Na análise do artigo 1510-A e parágrafos do Código Civil²¹, introduzido pela Lei nº 13.465/2017, o instituto do direito de laje aparece revestido de características equiparáveis à propriedade no Direito Civil, resguardando direitos ao seu detentor, tais como autonomia em relação à construção base, individualização e constituição de matrícula própria junto ao Registro de Imóveis, podendo seu detentor usá-la ou dela livremente dispor.

No parágrafo 5^{o22} do mencionado artigo estabelece que os Municípios e o Distrito Federal poderão dispor sobre posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito real de laje. Nesse sentido, apura-se a ideia de isonomia no tratamento do direito de laje ao direito real de propriedade.

Também no parágrafo 6^{o23}, novamente se impõem as posturas edilícias e urbanísticas vigentes ao direito de construções sucessivas, unificando um código de posturas para ambos os institutos e deixando clara a atribuição do Poder Público no direito real de laje.

Em simples leitura dos parágrafos do artigo 1.510-A²⁴, salta aos olhos a preocupação em se destinar à posse os mesmos elementos de controle e promoção social imputados ao direito de propriedade, trazendo à baila a equiparação da função social da posse e da propriedade.

O Direito Civil era visto como exclusiva fonte de regras para as relações privadas e era busca incessante a elaboração de uma tábua que pudesse conter todas as normas necessárias à atuação privada dos indivíduos. Tal documento deveria prever, de forma exclusiva, porque identificado com o próprio Direito Civil, todas as situações que pudessem surgir no meio social.

²¹BRASIL. op. cit., nota 6.

²²Ibid.

²³Ibid.

²⁴Ibid.



Foi sob essa pretensão exclusivista que se elaborou o Código Civil brasileiro de 1916, a exemplo de outros tantos pelo mundo afora. Diante do mito da completude, o estatuto civil deveria alcançar, e reger, todas as possíveis relações privadas, funcionando com verdadeiro papel constitucional deste campo.

Contudo, nascido para ser único regramento das relações privadas, o Código brasileiro não ficou imune aos crescentes movimentos sociais e às mudanças dos meios produtivos, que reclamavam novas intervenções do Estado. As mudanças sociais reclamavam do encarceramento, mas o legislador, ainda crente no potencial de exclusividade, começa a fazer uso das chamadas leis excepcionais, tendentes a regular o que se supunha serem situações conjunturais e, portanto, passageiras.

Em seguida, passaram a ser vislumbradas lacunas do normativismo de escopo privado, porquanto mais e mais situações novas iam surgindo, sem que encontrasse eco em nosso Código.

Sem resposta a contento, o legislador reconhece os hiatos e lança mão das chamadas leis especiais. Já neste segundo momento, reconheceu-se que o Código Civil não se apresentava capaz de regular com exclusividade, as relações privadas. As leis especiais atuavam paralelamente à codificação, formando um quadro apartado com finalidade de regulamento especializado para determinadas situações.

Na esteira dos acontecimentos, surge a preocupação quanto aos resultados advindos da atuação privada, porque apresentam reflexos na vida social. As leis especiais passam a funcionar como instrumento estatal, para uma intervenção assistencialista.

A anterior ruptura, existente entre Direito Público e Direito Privado, sofre abalos e, cada vez mais, por conta do interesse público, reconhecidamente preponderante, o Estado desloca o foco de suas preocupações, antes centrada no indivíduo, para os resultados advindos das atividades por eles desenvolvidas.

Para tanto, o legislador passa a uma produção frenética de normas, interferindo na sociedade, mediante regulamentação de matérias outrora afetas ao Código Civil, já agora com a preocupação social.

A complexidade das leis especiais transformou aqueles diplomas em verdadeiros estatutos e, como se vê, o Direito Civil, antes informado exclusivamente pelo Código, passou a estar integrado não só por aquele diploma, mas também pelos estatutos.

O Direito moderno deixou de ser simplesmente garantista, para tornar-se promocional. Não basta coibir comportamentos contrários ao direito objetivo, é preciso criar mecanismos de incentivo a projetos de desenvolvimento social.



Também não é verdade que, porquanto não limitadas ao Codex, as matérias deixaram de estar sob o manto do Direito Civil. O que há, não é uma transferência de assuntos – antes privados – para a esfera pública, mas uma informação nova para a interpretação dos institutos civis.

O que se passa é uma verdadeira oxigenação dos institutos civis, que agora devem ser vistos sob a nova ótica ditada pela interpretação das normas constitucionais. Os princípios insertos na Carta Magna não devem ser vistos como objetivos distantes que só hipoteticamente serão perseguidos; longe disso, já devem estar presentes no meio social, incidindo nas chamadas relações de direito privado e trazendo-as a cumprir o papel social que lhe é destinado no novo pacto.

É necessária uma releitura do Direito Civil, à luz dos princípios constitucionais, que não são meramente políticos, mas instrumentos que devem servir aos operadores do direito, na tentativa de alcançar o bem-estar social.

O Direito não serve a si mesmo, mas deve servir ao homem social. O Estado brasileiro, e isso deve ficar bem claro, não está mais assentado no ideal de Estado liberal, no qual há supremacia dos interesses privados. O Estado hoje é promocional, e está assentado sobre as bases comunitárias, onde o interesse público deve prevalecer.

O que se deve ter em vista é que a ideia da função social da propriedade não deve ser tomada pelo seu conteúdo negativo, de restrições ou limitações impostas ao proprietário. Mais que isto, ao proprietário é dada a oportunidade de promover o bem comum, atendendo à finalidade econômica e social do bem que lhe é entregue.

Há, em suma, em torno dessa teoria, todo um contexto que impulsiona o detentor do direito real a cumprir o que se espera dele. Um comprometimento com o bem estar social é, enfim, exigido de quem recebeu em suas mãos o poder de usar e fruir de determinado bem.

Na técnica constitucional, garante-se a propriedade privada, porém acopla-se a tal direito uma finalidade, conforme o art. 5º, XXIII, da Constituição Federal²⁵ de 1988, que dispõe que a propriedade atenderá a sua função social.

A propriedade que não cumpre a sua função social não é um direito inviolavelmente garantido ao destinatário da norma. O regime jurídico da propriedade, portanto, não mais se restringe à mera proteção ao dono. A inserção do Art. 1510-A do Código Civil de 2002²⁶ traz

²⁵BRASIL. op. cit., nota 12.

²⁶BRASIL. op. cit., nota 6.



normas adequadas à realidade social e bastante comprometidas com a nova estrutura do direito possessório.

A abordagem legislativa sobre o tema dá mostras da adequação do legislador ordinário ao princípio constitucional. Se antes cuidou apenas de garantir os direitos do seu detentor, agora, imediatamente depois de fazê-lo, traça as limitações do exercício de tais direitos.

Ao regular de maneira isonômica o instituto do direito real de laje, normatizando o exercício do uso, gozo e mesmo a alienação, fica evidente a pretensão de não somente resguardar tal direito, mas especialmente fomentar a regularização da moradia e ampliar a sua função social.

Entende-se, portanto, que, no caso de ocorrer fenômeno semelhante em relação à posse, haveria uma abrangência ainda maior da população em situação habitacional irregular que poderia ver direitos à área que ocupam reconhecidos.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a precariedade da moradia das camadas carentes habitantes de áreas urbanas e como a regularização por meio do registro de direitos reais poderia auxiliar a Administração Pública na garantia constitucional à moradia digna.

Por um lado, a posse é o meio mais comum dentre a população carente de exercício de habitação, ao passo que tal meio não é reconhecido pelo ordenamento jurídico como direito real, não se sujeitando ao registro e, portanto, eficácia erga omnes e a devida proteção.

O direito à moradia digna é visto como fundamental pela Constituição Federal, é inerente à própria dignidade da pessoa humana, não podendo ser prejudicado diante da irregularidade em que se encontram certas camadas da população. Quanto mais mecanismos existirem para obstar o regular exercício de moradia, bem como a atuação do Estado para prover tais direitos, mais longe a sociedade da aplicação dos direitos fundamentais em seu cerne.

A partir das reflexões desenvolvidas no decorrer da pesquisa, chegou-se à conclusão de que a posse se configura como extensão do direito de propriedade, contando com o mesmo modo de exercício que outros direitos reais, de forma que parte da doutrina entenderia que direito real seria. Ocorre que, por se tratar de exercício precário, não registrado, grande parte da população carente que vive em imóveis por meio da posse ficam desprotegidos em relação a terceiros, bem como não veem sua moradia regularizada pela Administração Pública.



O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que não há impedimento para que a posse viesse a ser reconhecida como direito real, uma vez que recai sobre bem imóvel, conferindo-o função social, bem como se tratando de exercício regular de um direito à moradia, que deve ser reconhecido pelo Estado. Ademais, o seu reconhecimento como tal possibilitaria a maior abrangência da população em comunidade urbanas da moradia regular e o pleno exercício desse direito.

Quanto à questão que se discutiu ao longo do segundo capítulo, observou-se que, com o reconhecimento da posse por via dos direitos reais, o instituto receberia diversas vantagens, tais como a possibilidade do registro, que daria eficácia erga omnes ao exercício, protegendo-o perante terceiros. Bem como permitiria a formalização de registro, que daria meios da Administração Pública controlar tais exercícios, conferindo publicidade e possibilitando a arrecadação de tributos de maneira regular por grande parte da população que ora vive em situação irregular.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que o direito à moradia é fundamental e sua regularização, em especial para as camadas populares mais carentes, é essencial para seu pleno exercício.

Com a inserção do direito de laje, tomado como exemplo, ao rol de direitos reais, criou-se a perspectiva de que formas de habitação que antes se revelavam precárias e sem fundamento legal passam a ser regularizadas e reconhecidas pelo ordenamento como forma de atribuir segurança aos habitantes nessa situação. Observou-se que, se aplicado o mesmo raciocínio aos casos de posse, poderia haver maior abrangência da população, dando caráter real às ocupações que atualmente se encontram em situação precária e sem qualquer proteção jurídica.

Com a inclusão desse direito, o legislador demonstrou interesse na resolução de problemas atuais em que se encontra a sociedade, abrindo a norma para se adequar as relações que se dão nos tempos presentes. Tal posicionamento se dá de acordo com o Estado que se presta a garantir a efetividade de direitos fundamentais, nesse caso a moradia, a dignidade da pessoa humana e, em maior escala, a vida.

Restou concluído, portanto, que, em especial em comunidades carentes, observa-se a predominância de habitações irregulares, tanto em relação a registro quanto à infraestrutura, o que impede seus habitantes de reclamar garantias referentes ao direito de propriedade, bem como reduz a potencial arrecadação tributária para a Fazenda Pública.

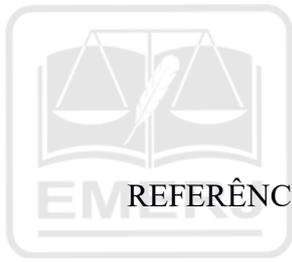
A posse é configurada pelo exercício dos mesmos poderes dados a quem tem a propriedade sobre bem imóvel, de modo que sua qualificação como direito real poderia trazer



vantagens, colaborando com a regularidade dessas moradias, a segurança jurídica, bem como a fiscalização pela Administração Pública.

Como Estado democrático de direito, o Brasil se funda na dignidade da pessoa humana, bem como em sua carta magna previu a moradia como direito fundamental do indivíduo. Não seria coerente que parte tão expressiva da população fosse ignorada quanto à regularidade do seu exercício do direito a uma moradia digna. Bem como não é interessante ao Estado que se permita manter tal parte sem qualquer controle e proteção pela Administração Pública.

Desse modo, conclui-se que formas de aumentar a abrangência da proteção estatal de moradores em situação irregular, como a equiparação da posse aos direitos reais para fins de habitação, seria mais do que uma forma de organizar e reintegrar tais ocupações à ordem político-social, mas sim uma forma de se buscar a efetividade da vida digna que aos cidadãos do país é garantida na Constituição.



REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Coisas*, V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Lei de Registros Públicos*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*, V. 4, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTEVEZ, André Fernandes, *Anotações sobre a Teoria da Posse, 2006*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/84-artigos-out-2006/5488-annotacoes-sobre-a-teoria-da-posse>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

GOMES, Orlando, *Direitos Reais*, Rio de Janeiro: Forense, 2001

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 5: direito das coisas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

IBGE. *Dia Nacional da Habitação: Brasil tem 11,4 milhões de pessoas vivendo em favelas*. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-favelas.html>>. Acesso em: 10 set. 2018.



LOCAÇÃO DE IMÓVEIS POR PRAZO EXÍGUO NOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS: A NOVA REALIDADE DA LOCAÇÃO POR PLATAFORMAS DIGITAIS

Irene Bogado Diniz

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

Resumo – O presente artigo pretende analisar o conflito entre as locações por prazo exíguo realizadas por meio de plataformas digitais das unidades autônomas e o Condomínio Edilício, abordando a natureza jurídica dessa nova forma de locação, bem como explorando os argumentos usados pelos Condomínios Edilícios para vedar tais locações, seja pela convenção, seja pela teoria da pluralidade de direitos limitados.

Palavra-Chave – Direito Civil. Locações. Condomínio Edilício.

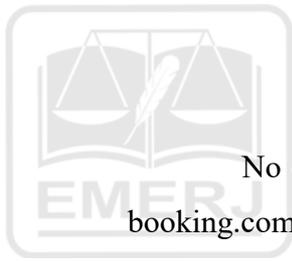
Sumário – Introdução. 1. A natureza jurídica das negociações de imóveis por prazo exíguo 2. Sobre a possibilidade de alteração da convenção do condomínio edilício para coibir as locações por prazo exíguo. 3. Sobre a limitação da propriedade exclusiva do condômino nos condomínios edilícios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar o fenômeno da negociação de ocupação por prazo exíguo de imóveis integrantes de condomínios edilícios através de plataformas digitais específicas, como Airbnb e olx.com. Como toda nova realidade social, essas transações têm gerado uma série de conflitos entre o proprietário e o condomínio edilício em que se encontra o imóvel, repercutindo, assim, no meio jurídico.

O objetivo do presente trabalho é estabelecer premissas para a resolução dos conflitos entre os proprietários de imóveis que pretendem deles dispor por curto período pelas plataformas digitais e os condomínios edilícios. Atualmente, não há muitos trabalhos acerca do tema, mas entre os poucos existentes há vasta divergência que deve ser confrontada a fim de se buscar uniformização do tema em sede doutrinária e jurisprudência trazendo segurança jurídica aos envolvidos em tais conflitos.

Hodiernamente, as redes sociais e os aplicativos promoveram a ascensão de uma economia colaborativa que, por sua vez, tem eliminado barreiras através de espaços compartilhados em que um indivíduo pode anunciar determinado bem ou serviço, ao mesmo tempo que outro, em necessidade daquele mesmo bem ou serviço, pode adquiri-la sem a presença de intermediários.



No caso específico das locações, determinadas plataformas, tais como o Airbnb e a booking.com, permitem que os proprietários anunciem seus imóveis para locação sem grande esforço. Basta o anúncio do imóvel com sua descrição, as condições para o negócio e fotos. Por sua vez, os eventuais locatários interessados podem buscar pelo imóvel que mais lhes convenha e atenda seus interesses através da plataforma digital. Tudo isso com um custo consideravelmente mais baixo que o exigido pelas administradoras de imóveis e imobiliárias como intermediárias.

Com o crescimento dessa prática surgiram novos conflitos, cuja solução ainda não é pacificada, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Dentre estes, destaca-se o relacionado a possibilidade de o proprietário realizar esse negócio jurídico quando o seu imóvel integrar um condomínio edilício.

Na negociação pelas plataformas digitais, na maioria das vezes, o proprietário e o terceiro sequer travam contato físico durante a tratativa. Além disso, o terceiro contrata o imóvel por prazo exíguo, em regra, por diária ou semanalmente.

Essa nova realidade implica em significativa mudança no cotidiano de um condomínio edilício que passará a ter um desconhecido, que não é condômino, compartilhando as partes comuns do prédio. Não só isso, nesses negócios nas plataformas digitais, não raro, há uma transitoriedade que impossibilita a criação de laços e relação de confiança, o que poderá gerar insegurança aos demais condôminos.

Há assim evidente diferença entre essa espécie de negociação e os aluguéis residenciais, os quais se tem uma locação duradoura, de modo que o locatário se torne conhecido para os demais condôminos e até crie laços com estes.

Em razão disso, alguns condomínios edilícios optaram por vedar tais negociações, criando-se um embate os condomínios e os proprietários, sendo certo que a matéria ainda não é pacificada.

O presente trabalho busca analisar essa nova realidade dos imóveis urbanos e, a partir da confrontação da divergência existente, estabelecer parâmetros e diretrizes a serem aplicados nessas negociações quando realizadas sobre imóveis que integrem um condomínio edilício.

Sendo assim, logo no primeiro capítulo, é abordada a divergência existente quanto à natureza dessa nova espécie de negociação se é uma locação ou um contrato de hospedagem, o que é relevante para estabelecer o regime jurídico aplicável.

Por sua vez, o segundo capítulo analisa a possibilidade do condomínio edilício vedar em sua convenção condominial tais transações pelo proprietário da unidade autônoma, o que se dará a partir da votação em assembleia do condomínio.



Já o terceiro capítulo faz a análise da possibilidade de vedação ao proprietário particular de realizar essas espécies de negociações a partir da limitação ao seu exercício do direito da propriedade, abordando a teoria da pluralidade dos direitos limitados.

A pesquisa baseou-se no método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretendeu eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o dito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretendeu se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, composta por doutrina, legislação e jurisprudência, para sustentar a tese.

1. A NATUREZA JURÍDICA DAS NEGOCIAÇÕES DE IMÓVEIS POR PRAZO EXÍGUO

Uma nova forma de negociação para uso e gozo de imóvel por terceiros surgiu com o advento de plataformas digitais por sites e aplicativos que permitem ao proprietário do imóvel oferta-lo para que outros dele desfrutem por um determinado prazo sem a intermediação de locadoras ou agências imobiliárias.

Uma das características dessa nova forma de negócio jurídico é que não há limite mínimo no prazo da negociação, ou seja, é possível convencionar o uso do imóvel por apenas um dia, tal qual uma diária de hotel, ou por apenas uma semana. E, na prática, o que se verifica é que, em regra, essas negociações têm prazo exíguo.

Considerando essa particularidade do negócio jurídico em comento, surgiu uma divergência na doutrina e jurisprudência sobre a sua natureza jurídica. Em que pese a maioria entenda se tratar de negócio jurídico que melhor se adequa à figura da locação por temporada, não a desnaturando o fato de ocorrer por um dia ou uma semana, há uma parcela da doutrina que entende que, em verdade, esses contratos revelam características e elementos dos contratos de hospedagem.

A definição da natureza jurídica desse negócio jurídico é essencial uma vez que servirá de ponto de partida para se determinar o regime jurídico aplicável: o regime das locações, reguladas pela Lei nº 8.245/91, ou o regime dos contratos de hospedagem, regulados pela Lei nº 11.771/08.



A locação de imóvel urbano, contrato em espécie regulado pela Lei nº 8.245/91, é conceituada pelo festejado professor Sylvio Capanema¹ como “o contrato pelo qual alguém, a quem chamamos de locador, se obriga a ceder a outrem, a quem denominamos locatário ou inquilino, o uso ou gozo do imóvel urbano, por certo tempo determinado, ou não, mediante remuneração”.

A locação de imóvel urbano divide-se em três espécies: a) locação residencial; b) locação por temporada; e c) locação não residencial. No presente artigo, interessa a espécie da locação por temporada, prevista no artigo 48 da Lei nº 8.245/91, que possui apenas um requisito para a sua realização entre as partes: que tenha prazo determinado inferior à 90 (noventa) dias.

O *caput* do citado artigo traz uma série de motivos que podem ensejar a contratação de locação por prazo inferior a 90 (noventa) dias, quais sejam: turismo, realização de cursos, tratamento de saúde etc. A melhor doutrina entende que esse rol é meramente exemplificativo, de modo que, atualmente, o único requisito para o contrato de locação por temporada é o seu prazo inferior a 90 (noventa) dias.

Observa-se, portanto, que não há na lei previsão de prazo mínimo para a locação por temporada, mas sim o prazo máximo. Com isso, poder-se-ia dizer que as negociações por plataformas digitais, objeto de estudo do presente artigo, se amoldariam à espécie de contrato de locação por temporada.

Essa parece ser a opinião do já citado professor Sylvio Capanema²:

Existem hoje empresas que oferecem, pela internet ou outros meios de comunicação virtual, locação de imóveis que seus proprietários a elas entregam, para este fim. A maioria dessas unidades é mobiliada e oferecia para pequenos períodos de ocupação, o que se assemelha à atividade hoteleira, mas com ela não se confunde. Esses sistemas cada vez mais se desenvolvem, alcançando todo o mundo, e trazem enormes vantagens práticas para os pretendentes à locação, que não precisam se deslocar fisicamente para escolher o imóvel que melhor atenda à sua necessidade, como ocorria no passado. Hoje, é possível consultar pela internet todos os imóveis que estão oferecidos para locação, temporária ou não.

Por outro lado, há quem entenda, como o advogado Rodrigo Karpat³, que essas negociações de uso e gozo dos imóveis por prazo exíguo configurar-se-iam em prática comercial, adequando-se, portanto, a um contrato de hospedagem e não de locação de imóvel urbano.

¹DE SOUZA, Sylvio Capanema. *A Lei do Inquilinato Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 12.

²Ibid, p.221-222.

³KARPAT, Rodrigo. *O AirBnB e os condomínios residenciais*. Disponível em: <<https://www.sindiconet.com.br/informese/o-airbnb-e-os-condominios-residenciais-colunistas-rodrigo-karpat>>. Acesso em: 18 mar. 2018.



O supracitado advogado⁴ sustenta, por exemplo, que a locação por diária em condomínios edilícios que possuem estrutura de salão de festa, garagem, área de lazer e portaria assemelha-se a atividade de hospedagem. Isso porque a portaria, não raro, libera as chaves e o acesso às áreas comuns, dão orientações de destinos e comércios locais, ou seja, atuam tal como uma recepção de um hotel.

Para Karpat, essas negociações por plataformas digitais, em regra, abrangem outros serviços adicionais tais como limpeza e mobília que fazem com que elas se encaixem às particularidades do contrato de hospedagem regulado pela Lei nº 11.771/08, afastando-se da finalidade de uma locação.

O artigo 23 da Lei nº 11.771/08 determina que se considerem como de hospedagem aqueles contratos em que sejam ofertados, além do alojamento temporário (aspecto que também tem a locação por temporada), outros serviços necessários aos usuários, o qual a lei convencionou chamar de serviços de hospedagem.

A controvérsia cinge-se, portanto, em determinar se os eventuais serviços disponibilizados ao indivíduo que negocie o uso e gozo do imóvel, como os já mencionados serviços de limpeza, orientações pela portaria etc, podem ser considerados serviços de hospedagem.

Entendemos que, em regra, esses serviços não são suficientes para caracterizar a negociação por plataformas digitais como espécie de contrato de hospedagem. Com efeito, não há obrigatoriedade da prestação desses serviços nos contratos de locação por temporada realizados nos aplicativos e sites, tratam-se de mera liberalidade do proprietário do imóvel e/ou da portaria. Diferente é o caso do contrato de hospedagem em que tais serviços são regra e indispensáveis ao negócio jurídico.

Do estudo da esparsa jurisprudência sobre o tema, contudo, observa-se casos específicos em que o fornecimento desses serviços e a própria postura adotada pelo proprietário denotam um forte caráter comercial, assemelhando-se a negociação a um contrato de hospedagem e não de locação.

Com efeito, em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco⁵, o proprietário ao anunciar o seu imóvel, trocava o nome do condomínio edilício para outro mais chamativo, o que foi entendido como prova de prática comercial. Já o Tribunal de Justiça do

⁴Ibid.

⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. *Agravo de Instrumento nº 4295245*. Relator: José Fernandes. Disponível em: <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/366120927/agravo-de-instrumento-ai-4295245-pe>>. Acesso em: 18 set. 2018.



Estado Rio de Janeiro julgou uma situação em que o proprietário do imóvel aliciava hóspedes do hotel ao lado⁶, bem como também se deparou com situação em que o proprietário contratava uma pessoa para receber os locatários e zelar o imóvel⁷, ambas foram consideradas como hipóteses de contrato de hospedagem.

Em que pese a existência de casos como os supracitados em que a negociação assumiu caráter de contrato de hospedagem, fato é que a mera disponibilização do imóvel para uso e gozo por prazo exíguo em plataforma digital não configura, por si só, um contrato de hospedagem.

Portanto, é de se concluir que em regra essas negociações realizadas em plataformas digitais específicas, como Airbnb e olx.com, são espécies de contrato de locação por temporada, submetendo-se ao regime jurídico da Lei nº 8.245/91. Contudo, em alguns casos verifica-se a prática comercial, que afasta o caráter locatício da negociação, existindo, em verdade contrato de hospedagem. Assim, deverá ser feita a análise casuística para se verificar caso a caso.

2. SOBRE A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO PARA COIBIR AS LOCAÇÕES POR PRAZO EXÍGUO

Uma vez assentado que o negócio jurídico firmado entre particulares por meio de plataformas digitais tais como Airbnb e booking.com, em regra é uma locação por temporada com a característica peculiar de ocorrer por prazo exíguo (diárias, finais de semana etc), o presente artigo passa a analisar a situação dessas locações quando o imóvel se encontrar dentro de um condomínio edilício, a partir da seguinte pergunta: a convenção do condomínio poderá vedar tal prática? A resposta é controvertida.

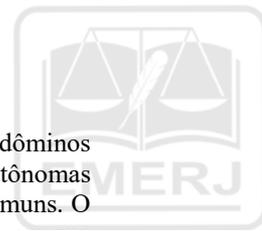
O condomínio edilício é distinto do condomínio ordinário em que se tem uma propriedade comum entre os coproprietários. Como bem explicam os doutrinadores Christiano Chaves e Nelson Rosenvald⁸:

há diferenças marcantes entre o condomínio comum e o condomínio edilício. No condomínio geral instaura-se unicamente o regime da propriedade comum, restando

⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0001674-17.2010.8.19.0209*. Relator: José Carlos Varanda dos Santos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000403000A1355FF51B73F7FE27AD6A2D58CC50360465E0A&USER=>>>. Acesso em: 15 set. 2018.

⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0268889-92.2015.8.19.0001*. Relator: Edson Vasconcelos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040AFF00E5D03D01EBC6B511547A09274EC5053C392155&USER=>>>. Acesso em: 15 set. 2018.

⁸FARIA, Christiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 14 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 766.



ausente a propriedade individual. No condomínio edilício, ao reverso, os condôminos consideram-se, ao mesmo tempo, titulares exclusivos de unidades autônomas (proprietários individuais sobre partes exclusivas) e cotitulares das partes comuns. O condomínio edilício, assim, absorve dois regimes: o regime do condomínio, em que as normas do condomínio geral têm caráter supletivo, e o regime de propriedade exclusiva.

No condomínio edilício, além da titularidade de sua unidade imobiliária autônoma, o condômino fará jus às áreas comuns e indivisíveis, as quais exerce sua copropriedade ao lado dos demais condôminos.

A convivência comum intrínseca aos condomínios edilícios, justamente pela existência de uma comunhão de propriedades sob determinadas áreas, cujo uso é imprescindível para o exercício da propriedade individual sobre as unidades autônomas, gera, por óbvio, atritos e conflitos. Com isso, demanda-se a constituição de um regramento interno próprio àquele condomínio edilício para evitar os problemas decorrentes dessa vizinhança próxima. Essa norma interna dos condomínios edilícios é denominada convenção do condomínio ou convenção condominial.

Sobre a questão, o insigne doutrinador Caio Mário da Silva Pereira⁹ afirma que:

[...] os problemas decorrentes da vizinhança próxima, a necessidade de regulamentar o comportamento dos que se utilizam dos apartamentos e usam as partes comuns, o resguardo do patrimônio coletivo, a imprescindibilidade de se coibir a conduta desrespeitosa aos direitos recíprocos dos coproprietários, a desconformidade de padrões de educação destes, a conveniência de se estabelecer um regime harmônico de relações que elimine ou reduza ao mínimo as zonas de atrito implicam a instituição de um *estatuto disciplinar* das relações internas dos condôminos, ou *convenção* do condomínio.

Quanto à regulamentação da vida no condomínio edilício, Caio Mário¹⁰ defende que cabe à lei apenas instituir padrões legais mínimos, ou seja, um complexo de normas mínimas de comportamento que constituirá um *standard* de deveres. Isso porque a lei não é suficiente para regulamentar todos aspectos da vida interna dos condomínios edilícios, até mesmo porque a tendência é que cada um terá demandas peculiares a sua própria realidade que deverão ser reguladas pela convenção condominial que irá estatuir “restrições à liberdade de cada um, em benefício da coletividade [...]”¹¹.

Haverá assim a convivência pacífica entre as normas oriundas da lei propriamente dita, válidas para todos os condomínios edilícios, e aquelas criadas especificamente àquela

⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 13. ed. Atualização: Sylvio Capanema de Souza, Melhim Namem Chalhub. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 95.

¹⁰Ibid.

¹¹Ibid., p. 98.



convenção do condomínio, cujo âmbito de aplicação será interno, vinculando a todos os condôminos e quem quer que venha a usar e transitar pelo condomínio edilício.

De fato, as regras da convenção condominial são aplicáveis a todos, direta ou indiretamente a ela subordinados, independente do ingresso em caráter transitório ou permanente nas dependências físicas do edifício.

Por ora, inexistente lei específica a respeito das locações por prazo exíguo das unidades autônomas dos condomínios edilícios, resta, portanto, analisar se a convenção condominial poderá disciplinar o assunto.

Conforme sustenta Caio Mário¹², a convenção do condomínio visa suprir a falta de disposições legais sobre as condições peculiares de cada condomínio edilício. Os condôminos, considerando as suas necessidades específicas, irão determinar o que a sua convenção irá regulamentar, observando as exigências legais dos artigos 1.332¹³ e 1.334¹⁴ do Código Civil de 2002. Assim, num primeiro momento, não se vislumbra óbice à regulamentação da locação por prazo exíguo na convenção condominial.

O problema maior sobre a questão refere-se ao enquadramento da nova cláusula da convenção que limitará a locação por prazo exíguo: se ela é uma mera alteração da convenção, ou se é mudança da destinação da unidade imobiliária.

Conforme se decida por uma ou outra, tem-se como consequência a alteração substancial do quórum necessário para que se promova a inserção da vedação na convenção condominial.

O art. 1.351 do Código Civil¹⁵ determina o quórum de 2/3 dos condôminos para se alterar a convenção condominial, mas ressalva que se essa versar sobre a destinação do edifício ou da unidade imobiliária o quórum passa a ser de unanimidade dos condôminos.

¹²Ibid., p.96.

¹³Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial: I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns; II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns; III - o fim a que as unidades se destinam.

¹⁴Art. 1.334. Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará: I - a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio; II - sua forma de administração; III - a competência das assembleias, forma de sua convocação e quórum exigido para as deliberações; IV - as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores; V - o regimento interno. § 1º A convenção poderá ser feita por escritura pública ou por instrumento particular. § 2º São equiparados aos proprietários, para os fins deste artigo, salvo disposição em contrário, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas.

¹⁵Art. 1.351. Depende da aprovação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção; a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos.

Convém salientar, ainda, que é possível que a convenção condominial preveja quórum diferente ao da disposição legal, hipótese em que prevalecerá o quórum específico daquele condomínio edilício.

A vedação da locação por prazo exíguo configura uma intervenção no uso dado à unidade imobiliária autônoma, de modo que se amolda, ao que tudo indica, na hipótese de modificação da destinação dada à unidade imobiliária, submetendo-se ao quórum da unanimidade dos condôminos.

Ocorre que, sob o viés prático, a tendência é que exista pelo menos um condômino que pretende alugar seu imóvel nos moldes da locação por prazo exíguo, de modo que bastaria o voto contrário deste para, em tese, se obstar a proibição almejada pelo resto dos condôminos.

A exigência legal da unanimidade não pode servir de valhacouto para que o condômino dissidente faça prevalecer seu interesse individual sobre a coletividade, sob pena de se desvirtuar a própria copropriedade dos condôminos.

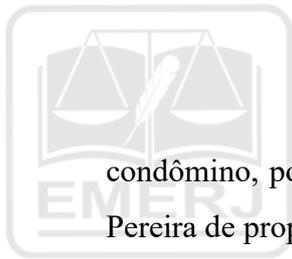
Desse modo, mesmo que se entenda pela exigência da unanimidade dos condôminos para a alteração da convenção, a solução que melhor se adequa a exegese do ordenamento jurídico brasileiro é a desconsideração desse único voto contrário, salvaguardando-se a vontade da ampla maioria da coletividade dos condôminos.

Imprescindível destacar que esse entendimento não vai de encontro às normas edilícias, tampouco configuraria em abuso ou ilegalidade. Se assim fosse, não existira a possibilidade de retirada do sócio antissocial, cuja prática tem sido reconhecida pelos Tribunais pátrios como meio de se resguardar o próprio condomínio edilício.

3. SOBRE A LIMITAÇÃO DA PROPRIEDADE EXCLUSIVA DO CONDÔMINO NOS CONDOMÍNIOS EDÍLIOS

Ultrapassada a questão da possibilidade da convenção do condomínio vedar a locação da unidade autônoma do condômino por prazo exíguo em plataformas digitais, é necessário analisar a questão sob a ótica do direito de propriedade individual do condômino e verificar se este direito comporta limitações.

Como esclarecido nos capítulos anteriores, o condomínio edilício, diferente do condomínio ordinário, caracteriza-se por ser composto por duas espécies de propriedade: uma propriedade exclusiva exercida sobre as unidades autônomas que compõe a construção e uma propriedade comum (condomínio ordinário, por excelência) de determinadas áreas que é exercida em conjunto com os outros proprietários das demais unidades autônomas. O



condômino, portanto, é titular de um direito complexo denominado por Caio Mário da Silva Pereira de propriedade horizontal¹⁶.

Em regra, o proprietário poderá usar, gozar e dispor da sua unidade autônoma como bem lhe convir, por força do art. 1.228 do Código Civil¹⁷. Nada obstante, o §1º do referido artigo¹⁸ exige que essa propriedade seja exercida conforme os seus fins sociais e econômicos impondo, assim, uma limitação ao exercício desse direito.

Trata-se de desdobramento do fenômeno chamado por Caio Mário da Silva Pereira¹⁹ de “socialização do direito” em que se passou a admitir limitações ao exercício da propriedade privada em reflexo a uma despatrimonialização do direito.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º trouxe no seu inciso XXII²⁰ o direito fundamental da propriedade, mas logo no inciso seguinte condicionou o exercício desse direito ao respeito da função social da propriedade²¹.

Em consequência dessa nova interpretação dada ao direito de propriedade, no âmbito dos condomínios edilícios, o proprietário, além de se submeter à função social de sua propriedade sobre a unidade autônoma, sofre restrições ao exercício do seu direito individual em prol da coletividade a qual integra.

Tanto assim que o artigo 1.336, IV do Código Civil²² prevê, genericamente, que é seu dever “dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes”. A referida norma é ampla com o claro intuito de abrigar variadas situações em favor da coletividade face ao proprietário.

Em razão da pluralidade de direitos autônomos que constituem o condomínio edilício, criou-se a denominada teoria da pluralidade dos direitos limitados pela qual se entende que o interesse coletivo decorrente da coletividade dos direitos autônomos prevalece sobre o exercício do direito de propriedade individual.

¹⁶PEREIRA, op. cit., p. 35.

¹⁷Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

¹⁸§1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

¹⁹PEREIRA, op. cit., p. 9.

²⁰Art. 5º. (...) XXII - é garantido o direito de propriedade;

²¹Art. 5º. (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

²²Art. 1.336. São deveres do condômino: (...) IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.



Quer dizer que o proprietário da unidade autônoma é livre no exercício do seu direito, podendo alugar o imóvel, por exemplo, desde que não cause perturbação aos demais proprietários que compõem a coletividade do condomínio.

Com base em tal teoria, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito da coletividade de condôminos, em Assembleia Geral Extraordinária, regularem o uso de vagas de garagem por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 309.802 – RJ da relatoria da Ministra Nancy Andrichi²³.

E com fundamento em tal precedente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro têm reconhecido o direito do condomínio edilício restringir o exercício do direito de propriedade do condômino sobre sua unidade autônoma para exigir que a unidade não seja alugada por plataformas digitais por prazos exíguos.

Com efeito, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 0486825-49.2015.8.19.0001²⁴, o referido Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de a assembleia do condomínio restringir o prazo mínimo para o contrato de aluguel por temporada e limitar a habitação de pessoas por unidade com base na teoria da pluralidade dos direitos limitados.

No referido julgado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ressaltou que o direito de propriedade não é mais considerado absoluto, comportando, assim, limitações, dentre elas aquela oriunda da supremacia do interesse coletivo dos condôminos em geral diante do direito individual de cada condômino, o qual se convenceu chamar de teoria da pluralidade dos direitos limitados.

Ao mencionar a citada teoria, o Tribunal de Justiça, na ementa do julgamento supracitado, explicou²⁵ que:

[...] trata-se de limitação ao exercício do direito de propriedade em função da supremacia do interesse coletivo daquela coletividade. O proprietário tem todo direito em emprestar, ceder, alugar, alugar por temporada, ou seja, exercer livremente seu direito sobre o bem, escolhendo como deseja ocupá-lo. O que não pode é causar perturbação, desassossego, insegurança aos demais condôminos. Portanto, em função das múltiplas propriedades dentro do condomínio existe limite entre o exercício do direito de propriedade individual e o interesse coletivo.

Também foi reconhecida a possibilidade de limitação das locações por prazos exíguos, após a devida deliberação pela maioria dos condôminos, pelo Tribunal de Justiça do Estado do

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 309.802*. Relator: Nancy Andrichi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=51707&num_registro=200100294251&data=20010625&formato=PDF>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0486825-49.2015.8.19.0001*. Relator: Juarez Fernandes Folhes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046BC52AEDCA4FF1E9FEEA1BDC823F9FEFC5062C023603>>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁵Ibid.



Rio de Janeiro no julgamento da Apelação Cível nº 0075033-03.2014.8.19.0001²⁶, em que se usou como fundamento, dentre outros argumentos, a possibilidade de restrição ao direito da propriedade com base na teoria da pluralidade dos direitos limitados.

Os julgados anteriormente citados demonstram que a coletividade do condomínio edilício poderá vedar a locação por prazo exíguos, com a alteração da convenção do condomínio, por força da teoria da pluralidade dos direitos limitados.

Como dito anteriormente, a exigência de que a vedação seja obtida a partir da unanimidade dos proprietários faz com que um único indivíduo consiga fazer prevalecer a sua vontade a partir de seu voto contrário. Ter-se-ia, em tais casos, a supremacia do direito individual frente ao direito coletivo o que vai de encontro à exegese do direito civil brasileiro que tem como um dos seus princípios norteadores o princípio da socialidade²⁷.

Sendo assim, a teoria da pluralidade dos direitos limitados surge como meio de legitimar a supremacia do interesse coletivo dos condôminos sobre o interesse individual daquele condômino que pretende praticar a locação por temporada por prazo exíguo.

CONCLUSÃO

O elemento central da presente pesquisa é a controvérsia entre os proprietários das unidades autônomas e o condomínio edilício quanto a possibilidade de alugar o imóvel particular por prazos exíguos (diárias, fins de semana, feriados etc) quando este integra um condomínio edilício.

De início, ficou assentado que a espécie de contratação, em regra, é de uma locação por temporada, cuja característica principal é o seu curto prazo. Deverá, contudo, ser analisado caso a caso, pois na jurisprudência pesquisada, constatou-se situações em que o contrato, em verdade, revelou-se um contrato de hotelaria e não de locação, verificando-se uma postura comercial por parte do proprietário da unidade autônomas. Esses casos, portanto, não são objeto principal da presente pesquisa.

Considerando que o mero fato da locação se dar por diária ou por fim de semana não é suficiente para afastar a natureza de locação por temporada de tais contratações, fez-se necessário analisar se o condomínio edilício poderá vedar em sua convenção condominial essas locações específicas das unidades autônomas.

²⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0075033-03.2014.8.19.0001*. Relator: Fernando Cerqueira Chagas. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000487BAD227D20CAF781C576170851F62AAC5035D240B04>>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁷Pelo princípio da socialidade, prevalecem os direitos coletivos sobre os individuais.



Após a análise dos dispositivos legais atinentes aos direitos dos condôminos e a abrangência da convenção condominial, verificou-se que é possível a vedação da locação por prazo exíguo pela convenção condominial, mas para tanto seria necessário aprovação em assembleia do condomínio, com a votação unânime dos condôminos.

Considerando que quando há tais conflitos há pelo menos um dos condôminos que discorda da alteração (a princípio o próprio condômino quem realiza tais locações exíguas), levantou-se que a hipótese de que o minoritário não pode submeter o interesse da coletividade ao seu interesse individual.

Com isso, adentrou-se na seara dos limites do direito da propriedade que hoje em dia admite restrições ligadas a sua função social e aos interesses da coletividade. Nesse contexto, sobressai-se a teoria da pluralidade dos direitos limitados em que se insere o condomínio edilício que permite à coletividade condominial vedar prática que seja por eles considerada nociva ou contrária aos seus interesses, dentre elas a locação por prazo exíguo.

A própria constituição de um condomínio edilício pressupõe a convivência entre interesses individuais e coletivos, tendo em vista que é composto por partes comuns entre os condôminos que sobre elas exercem uma propriedade condominial, bem como por unidades autônomas em que cada condômino é seu proprietário particular.

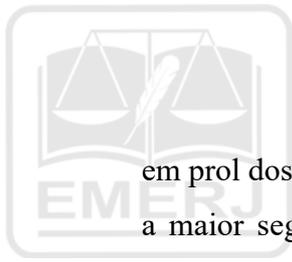
Sendo assim, pela teoria da pluralidade dos direitos limitados o condômino que aluga sua unidade autônoma por prazos exíguos pode ser compelido, seja por deliberação da maioria dos condôminos, seja por decisão judicial, a se abster de tal prática com base no interesse coletivo do condomínio edilício se comprovado que essa prática se demonstra prejudicial ao sossego dos demais condôminos.

Considerando todas as óticas abordadas pelo presente artigo, é de se concluir que o direito de propriedade do condômino sobre sua unidade autônoma não pode prevalecer sobre o interesse coletivo do condomínio edilício.

O condomínio edilício tem como característica principal a solidariedade e comunhão de interesse entre seus condôminos e existindo comportamento que não se adegue a essa coletividade não deve esse prevalecer, sob pena da vontade individual sobrepujar ao próprio condomínio edilício.

O ordenamento brasileiro hodierno funda-se na solidariedade e, por conseguinte, direitos patrimoniais antes tidos como absolutos, como a propriedade particular, passaram a admitir limitações.

É de se pontuar ainda que o proprietário, ao adquirir uma unidade autônoma inserida num condomínio edilício, sabe, desde o início, que terá o ônus de se submeter à coletividade,



em prol dos benefícios que o condomínio edilício traz a sua propriedade particular, dentre elas a maior segurança proporcionada pelo condomínio através da contratação de porteiros, os serviços de limpeza e jardinagem, a divisão de custos de manutenção etc.

Portanto, entende-se como totalmente possível a vedação, pelos condomínios edilícios, da locação das unidades autônomas por prazos exíguos, seja judicialmente, seja na sua convenção condominial após deliberação da maioria, tendo em vista a supremacia do interesse coletivo sobre o individual que é intrínseca ao próprio condomínio edilício.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8245.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 309.802*. Relator: Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=51707&num_registro=200100294251&data=20010625&formato=PDF>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0486825-49.2015.8.19.0001*. Relator: Des. Juarez Fernandes Folhes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046BC52AEDCA4FF1E9FEEA1BDC823F9FEFC5062C023603>>. Acesso em 18 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0006328-47.2010.8.19.0209*. Relator: Cláudio Luiz Braga Dell'orto. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004245A73EF4AC5913461E6F567268D2E02C503395C1E43>>. Acesso em 18 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0075033-03.2014.8.19.0001*. Relator: Fernando Cerqueira Chagas. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000487BAD227D20CAF781C576170851F62AAC5035D240B04>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0001674-17.2010.8.19.0209*. Relator: José Carlos Varanda dos Santos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000403000A1355FF51B73F7FE27AD6A2D58CC50360465E0A&USER=>>>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0268889-92.2015.8.19.0001*. Relator: Edson Vasconcelos. Disponível em:



<<http://www1.tj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040AFF00E5D03D01EBC6B511547A09274EC5053C392155&USER=>>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. *Agravo de Instrumento n° 4295245*. Relator: José Fernandes. Disponível em: <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/366120927/agravo-de-instrumento-ai-4295245-pe>>. Acesso em: 18 set. 2018.

CAMELLO, Rogério. *A locação por temporada através dos aplicativos x normas condominiais – conflitos*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/8/art20180830-07.pdf>>. Acesso em 13 set. 2018.

DALLABRIDA, Dayana Sandri. *Airbnb e os condomínios*. Disponível em: <<http://www.vgplaw.com.br/airbnb-e-os-condominios/>>. Acesso em 17 mar. 2018.

FARIA, Christiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: diretos reais*. 14 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

HARADA, Marcelo. *AIRBNB e condomínio residencial*. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/2823-2/>>. Acesso em 15 set. 2018.

KARPAT, Rodrigo. *O AirBnB e os condomínios residenciais*. Disponível em: <<https://www.sindiconet.com.br/informese/o-airbnb-e-os-condominios-residenciais-colunistas-rodrigo-karpat>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

LORDÃO, Thales. *Pode o condomínio residencial proibir a locação por temporada de seus apartamentos?* Disponível em: <<https://lordaodias.jusbrasil.com.br/artigos/313500146/pode-o-condominio-residencial-proibir-a-locacao-por-temporada-de-seus-apartamentos>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

MARQUES, Claudio. *Airbnb entra em pauta nos condomínios*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/radar-imobiliario/airbnb-entra-em-pauta-nos-condominios/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SILVA FILHO, Marcelo Barretto de Ferreira da. *A locação de “acomodações” por temporada e suas limitações, a moda do AIRBNB*. Disponível em: <<http://eliansanchez.adv.br/a-locacao-de-acomodacoes-por-temporada-e-suas-limitacoes-a-moda-do-airbnb/>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato Comentada*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LEHENBAUER, Carolina Strelow de C. *Airbnb e condomínios residenciais: o direito do proprietário*. Disponível em: <<http://guedert.adv.br/airbnb-e-condominios-residenciais-o-direito-do-proprietario/>>. Acesso em: 19 mar. 2018.



O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E OS RISCOS DE UMA CONDENAÇÃO BASEADA APENAS NA PALAVRA DA VÍTIMA

Jaqueline Magacho de Carvalho

Graduada pela Faculdade Metodista
Granbery – JF/MG. Advogada.

Resumo – o processo penal traz consigo uma necessidade de enorme carga probatória para que o juiz alcance a justiça no caso concreto. Certo, é que muitas vezes, o juiz se vê expectador de situações intrigantes, confusas, o que torna difícil seu trabalho, sendo o estupro de vulnerável uma situação como estas. Como valorar o depoimento das vítimas deste crime tão repugnante e cometido na clandestinidade, se estas, descritas no art. 217 – A, CP, não conseguem ter uma visão correta dos fatos que as rodeiam, uma vez que são ou estão em estado de vulnerabilidade. Logo, o presente trabalho visa estudar as possíveis soluções que estão à disposição do julgador, para que este possa enfim, encontrar ou chegar o mais próximo de uma condenação justa.

Palavras-chave – Direito Penal. Estupro de vulnerável. Condenações. Palavra da vítima.

Sumário – Introdução. 1. O crime de estupro de vulnerável e sua consumação. 2. O valor das provas no Direito Processual Penal e o relevante valor da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual. 3. Necessidade de acompanhamento da vítima vulnerável por uma equipe multidisciplinar – Estupro de Vulnerável e a “Sala do depoimento sem dano”. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute o crime de estupro de vulnerável, capitulado no art. 217-A, do Código Penal, e o risco de condenações baseadas apenas nas palavras da vítima. Procura-se demonstrar a justificativa do depoimento destas, em crimes contra a dignidade sexual, possuir um relevante valor como prova do delito e quais as consequências deste fato nas condenações.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, de modo a discutir se a justiça é realmente feita no caso concreto quando as condenações são baseadas apenas nas palavras da vítima e como isso é aferido no dia a dia do judiciário.

Certo é que a reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 trouxe diversas modificações a respeito do crime de estupro de vulnerável, inclusive tipificando-o como delito autônomo previsto no art. 217-A do Código Penal, tendo em vista o seu sujeito passivo.

Assim, para uma melhor compreensão do tema, busca-se no primeiro capítulo, conceituar o crime de estupro de vulnerável e expor sobre os reflexos da referida alteração



legislativa para tal crime e para sua consumação. Pretende-se também discutir o porquê da Lei nº 12.015/2009, trazer tal delito de forma autônoma, única e exclusivamente, em razão de seu sujeito passivo.

Como o depoimento da vítima é um meio de prova para o processo penal e vem recebendo valoração diferenciada em tais crimes, pretende-se no segundo capítulo, expor sobre os diversos meios de prova elencados pelo Código de Processo Penal, buscando encontrar a justificativa para atribuição de maior valor à palavra da vítima. Indaga-se ainda sobre a necessidade desta ser coerente com os demais dados careados ao longo do processo.

Já no terceiro capítulo, tendo em vista a grande complexidade de tal crime, sobretudo a profunda repercussão na saúde mental da vítima, pretende-se verificar quais os benefícios desta ser acompanhada, principalmente durante seu depoimento perante o juízo, por uma equipe multidisciplinar.

Ainda no terceiro capítulo, busca-se analisar o instituto da ‘Sala do depoimento sem dano,’ em âmbito penal, e o que isso pode trazer de benefícios na busca da verdade real, tão almejada pelo processo penal.

A pesquisa é desenvolvida através do método indutivo. Por indução entende-se um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, chega-se a uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas, sendo, portanto, objetivo dos argumentos indutivos levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais abrangente do que das premissas nas quais se baseiam.

Em suma, a pesquisa é baseada em análise teórica, buscando uma diretriz sobre os benefícios, ou não, de condenações baseadas apenas na palavra da vítima, nos casos de estupro de vulnerável, quando esta é uma pessoa incapaz de perceber com clareza o que ocorre no mundo a sua volta.

1.O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUA CONSUMAÇÃO

O crime de estupro é considerado o mais grave dentre os crimes contra a dignidade sexual, pois trata-se de uma força física ou moral utilizada pelo agente, onde este afasta a liberdade da vítima de dispor sobre seu próprio corpo, negando a ela o seu direito de escolha sobre qualquer ato sexual, seja a efetiva conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. O agente age com brutalidade, violentando a sua vítima.



Esse crime sempre foi previsto na ordem jurídica, sendo que na origem do Código Penal de 1940 ele era definido como o “ato de constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, sendo punido com pena de 06 (seis) a 10 (dez) anos.

O *modus operandi* do agente atinge diretamente a liberdade sexual que é um direito assegurado a todos, independentemente de idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação/adjetivação. No crime de estupro não se perquire sobre a conduta ou honestidade pregressa da vítima, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais vil, odiada ou desbragada prostituta. Assim, qualquer pessoa pode ser vítima deste delito.

Vale ressaltar, que após a alteração advinda pela Lei nº 12.015/09, o legislador estabeleceu uma verdadeira igualdade entre homens e mulheres sendo que a nova redação do art. 213 do CP fala agora em “constranger alguém”, deixando claro que o legislador quis incluir como possível sujeito passivo do crime, a figura do homem, além da mulher.

O Código Penal prevê em seu art. 213 a definição atual – pós Lei nº 12.015/09 – do crime de estupro: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. A pena prevista para tal conduta continua sendo de 06 (seis) a 10 (dez) anos.¹

As alterações trazidas pela Lei nº 12.015/09 vão além de incluir o homem como possível vítima deste delito, pois em decorrência das novas realidades sociais, a necessidade de adequar o nosso Código Penal a elas e, também da iniciativa da CPMI da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, produziram-se o PLS nº 253/04, que findou na promulgação da referida lei, a qual trouxe outras variadas alterações ao Título VI do Código Penal, sendo uma delas a inclusão de uma nova figura típica ao ordenamento jurídico, o art. 217 –A, tratando este da figura do estupro de vulnerável.

Dispõe o art. 217-A do Código Penal²: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: pena de 8 a 15 anos”.

O §1º deste artigo dispõe sobre outros possíveis sujeitos passivos do delito de estupro de vulnerável, dispondo que incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Ou seja, o legislador quis apenar o agente com pena mais rigorosa quando este se aproveita de certas condições da vítima para com ela ter conjunção carnal ou praticar qualquer

¹BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

²BRASIL. op. cit., nota 1.



outro tipo de ato libidinoso. Em tais casos, o agente se prevalece de alguma circunstância – entre as descritas na lei - que faz com que a vítima seja ou esteja em estado de vulnerabilidade, o que facilita sua empreitada criminoso.

Ressalta-se que não é necessária a ocorrência da conjunção carnal, propriamente dita, para que o crime se configure, pois o tipo penal prevê que a prática de qualquer ato libidinoso diverso desta, basta para configuração e consumação do delito.

Ou seja, havendo qualquer outro ato sexual distinto da conjunção carnal, desde que seja considerado libidinoso, o crime de estupro de vulnerável restará configurado. Logo, é importante frisar que, diferentemente do que ocorre com o estupro (213, CP), no estupro de vulnerável (217-A, CP), a violência ou a grave ameaça são prescindíveis para a configuração do crime, pois aqui elas são presumidas em razão da condição da vítima, a qual está num estado em que não pode oferecer resistência.

Analisando os sujeitos passivos do crime de estupro de vulnerável, pode-se afirmar que o menor de 14 anos, apesar de ter discernimento, na maioria das vezes, nos dias atuais, em relação à conduta que pratica – sabe o que quer e o que não quer –, o direito penal achou por bem considerar toda e qualquer manifestação sua de vontade, para a prática do ato sexual, como inválida.

Já o enfermo e o doente mental, assim como qualquer outro, que por qualquer motivo, não consiga expressar sua vontade, são considerados vulneráveis, justamente por não poderem consentir com a prática do ato sexual, seja conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, por não compreenderem, de fato o que ocorre. Logo, não possuem para o direito penal, a possibilidade de fazer escolhas quanto a sua liberdade sexual.

Estes sujeitos descritos encontram-se em uma situação de vulnerabilidade, sobre a qual o agente se aproveita para praticar o delito. E tal situação é assim considerada, pois eles não estão, ou não são, aptos a emitir uma vontade válida.

Quanto aos doentes mentais, em busca de uma resposta justa dada pelo judiciário ao acusado, é necessário haver um exame comprovando a efetiva situação de vulnerabilidade deste, no momento de ocorrência do ato sexual, pois, como se sabe, são diversos os níveis de doenças psicológicas sendo, portanto, possível que este se encontrava com discernimento suficiente para entender o que estava fazendo no momento do ato sexual.

Já com relação aos menores de 14 anos, o STJ solidificou seu entendimento em súmula, aduzindo que sexo ou ato libidinoso com menor de 14 anos é estupro de vulnerável,



independente de ter havido consentimento, de sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (Súmula 593, STJ)³

Gustavo Badaró⁴ assevera que o legislador, ao criar a figura típica do estupro de vulnerável, estabeleceu uma proibição genérica para a prática de relação sexual com menores de 14 anos. Assim, pouco importa se houve ou não o consentimento da vítima para que o crime seja caracterizado. Posicionamento assente com o entendimento solidificado pelo STJ.

Enfim, as alterações trazidas pela lei nº 12.095/09 implicaram em grandes modificações sobre os crimes contra a dignidade sexual, podendo-se afirmar que a de maior relevância realmente foi a inclusão de um tipo penal diferenciado em razão do sujeito passivo, considerados vulneráveis.

Este novo tipo penal refletiu na ordem jurídica, protegendo com maior força as pessoas que não são capazes de, validamente, expressar suas vontades, pois o agente ativo se vale, da inocência ou falta de conhecimento, e até mesmo da impossibilidade de oferecer resistência, para praticar atos abomináveis.

Logo, o legislador agiu acertadamente em punir com mais rigor quem age dentro dessas circunstâncias, já que se aproveitam de presas fáceis para a prática do crime.

Porém, os problemas em decorrência dessa nova previsão começaram a surgir, sobretudo, quanto ao valor probatório que é dado à palavra destas vítimas, as quais são consideradas incapazes de compreender a realidade. Isso causa polêmica acerca das provas que poderão ser consideradas para haver uma condenação justa, sendo este dilema enfrentado nos capítulos seguintes.

2.O VALOR DAS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL E O RELEVANTE VALOR DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

No estudo dos diferentes meios de provas adotados pelo processo penal, cumpre esclarecer alguns conceitos primários, estabelecidos pela Teoria Geral da Prova.

³Súmula 593: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

⁴BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.



Conforme leciona o autor Nestor Távora: “O processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado”⁵.

Prova consiste nos elementos pelos quais se procura mostrar a existência e a veracidade de um fato, tendo a finalidade de influenciar no convencimento do julgador. Tais elementos são todos os fatos ou circunstâncias em que reside a convicção do juiz – Ex.: depoimento de testemunha, laudos periciais, documentos, entre outros.

O princípio do contraditório está presente neste âmbito do processo penal, como não poderia deixar de ser. Por tal princípio considera-se que prova, tecnicamente falando, é aquela colhida sob o crivo do contraditório, ou seja, com a atuação das partes.

Outro princípio a ser considerado é o da imediatidade do juiz, onde a prova deve ser colhida perante o juiz e, como regra, esse juiz irá julgar o processo. Tal princípio é corolário do princípio da identidade física do juiz.

O princípio da concentração também está presente quando se estuda as provas no processo penal, pois essas, como regra, devem ser produzidas em uma única audiência. Ocorre que tal princípio vem sendo cada vez mais mitigado devido à impossibilidade de todos os atos se concentrarem em um único momento, ficando cada vez mais distante as idealizadas audiências “unas” de instrução e julgamento.

Cumpra observar que também tem aplicabilidade o princípio da comunhão das provas no processo penal, uma vez que, as provas quando produzidas passam a ser do processo e não de uma das partes. Não há um dono da prova. Esta pertencerá ao processo, servindo de embasamento para a decisão do magistrado.

Nestor Távora preleciona que “o ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar os fatos que alegam”⁶. O art. 156 do Código de Processo Penal⁷ estabelece que o ônus da prova incumbe a quem fizer a alegação.

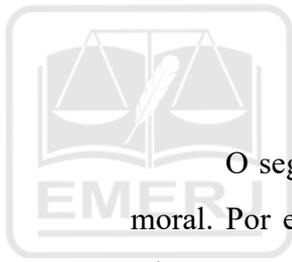
Ainda dentro da Teoria Geral são estabelecidos três principais sistemas de apreciação das provas.

O primeiro é o sistema da prova legal ou tarifada, onde essas têm valor preestabelecido. Ele aparece como exceção no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 158, do Código de Processo Penal.⁸

⁵TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R.. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: JusPODIUM, 2013, p 387.

⁶Ibid.

⁷Código de Processo Penal, decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 22, set, 2018.



O segundo sistema é o da convicção íntima do juiz, também conhecido como certeza moral. Por ele, o juiz é livre para apreciar a prova e não precisa fundamentar sua decisão. Vigora em nosso ordenamento, como absoluta exceção, no julgamento pelo Tribunal do Júri.

O terceiro e último sistema é o do livre convencimento motivado do juiz ou persuasão racional. Este é o sistema adotado como regra pelo direito brasileiro, conforme art. 155, caput, do Código de Processo Penal⁹, conjugado com o art. 93, IX da Constituição Federal¹⁰. Por ele, o juiz é livre para apreciar as provas e, a partir destas, tem que proferir sua decisão devidamente fundamentada.

Após uma análise sucinta sobre a Teoria Geral das Provas, cumpre analisar os meios de prova em espécie elencados pelo Código de Processo Penal.

O primeiro meio de prova são as chamadas perícias (arts. 158 a 184, CPP)¹¹, sendo o meio que produz provas materiais sobre os fatos alegados. Trata-se do exame realizado por profissional com conhecimentos técnicos, a fim de auxiliar o julgador na formação de sua convicção. O laudo pericial é o documento elaborado pelos peritos, resultante do que foi examinado na perícia. É o meio de obtenção de provas mais concreto entre todos, tratando-se de exames científicos e que, em regra, chegam próximo a exatidão, não abrindo margens para incertezas.

O segundo meio de prova elencado no Código de Processo Penal (arts. 185 a 196)¹² é o interrogatório do réu. Este é o ato em que o acusado é ouvido sobre a imputação a ele dirigida. Possui dupla natureza: é meio de prova, pois assim é considerado pelo Código e leva elemento de convicção ao julgador; e também é meio de defesa, sendo a oportunidade de o acusado exercer sua autodefesa, dizendo o que quer e o que seja favorável para sua situação, configurando-se a chamada ampla defesa, assegurada a todos pela Constituição.

A confissão é um dos elementos de prova trazidos pelo Código de Processo Penal, porém não é tida como prova de valor absoluto de acordo com art. 197¹³, devendo ser avaliada em conjunto com os demais elementos de prova do processo, verificando-se sua compatibilidade ou concordância entre eles, evitando-se coações durante o processo.

⁸Brasil, op.cit., nota 7.

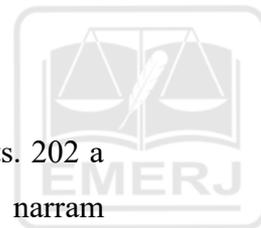
⁹Brasil, op.cit., nota 7.

¹⁰BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

¹¹ Brasil, op.cit., nota 7.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.



Depoimento de testemunhas também é elencado como elemento de prova (arts. 202 a 225, CPP)¹⁴. Testemunhas são pessoas estranhas à relação jurídica processual, que narram fatos de que tenham conhecimento, acerca do objeto da causa.

Declarações do ofendido configuram outro meio de prova, também presente no Código de Processo Penal e, sobre elas se encontra o dilema proposto.

Conforme Nestor Távora: “O ofendido é o titular do direito lesado ou posto em perigo, é a vítima, sendo que em suas declarações, indicando a versão que lhe cabe dos fatos, têm natureza probatória”¹⁵

O Código explana que sempre que possível o juiz deverá proceder à oitiva do ofendido, por ser ele pessoa apta, em muitos casos, a fornecer informações essenciais em relação ao fato criminoso.

Certo é que, a característica mais marcante dos crimes contra a dignidade sexual, é a ausência de testemunhas, pois se tratam de delitos cometidos na obscuridade, o que faz com que a palavra da vítima, nestes casos, possua um valor relevante na elucidação dos fatos.

Cabe uma observação quanto aos outros delitos, pois quanto a eles não há dificuldades extraordinárias, devendo as declarações do ofendido serem analisadas em conjunto com o acervo probatório colhido, seja interrogatório do réu, perícias, presença de testemunhas e, até mesmo, a oitiva da vítima, sempre que isso for possível.

Os exames periciais podem ser realizados nos delitos contra a dignidade sexual, como se espera que se proceda, porém, em muitos casos não haverá rastros do delito praticado. Daí também a importância do depoimento do ofendido, o que também justifica seu valor relevante para o processo.

Para o julgador surge um dilema, como alcançar a justiça no caso concreto baseado apenas na palavra da vítima, que muitas vezes está envolvida numa relação de querer vingança, muito além da justiça.

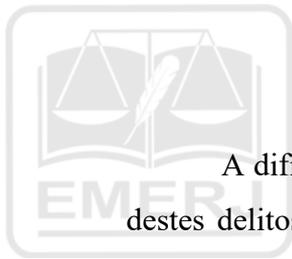
Como ponderar entre a busca da verdade real e a palavra da vítima sendo que não há outros meios de provas capazes de elucidar os fatos?

Apesar de toda esta dificuldade, a realidade nos tribunais é que à palavra da vítima é dado um valor relevante, justamente pela impossibilidade de averiguação dos fatos por outros meios de prova, por se tratar, como já foi dito, de um delito cometido na clandestinidade.¹⁶

¹⁴ Ibid.

¹⁵ TÁVORA, op. cit., nota 5.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1622491 RD 2016/0226753-1. Ministro Ribeira Dantas. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 25, out, 2018.



A dificuldade maior encontra-se nos crimes de estupro de vulnerável, quando a vítima destes delitos é incapaz, ou seja, uma pessoa que muitas vezes não possui o discernimento para entender o mundo que a rodeia.

Como será possível obter uma condenação justa baseada apenas na palavra destas pessoas? Quais recursos poderá se valer o judiciário buscando afastar injustiças?

Inúmeros são os questionamentos acerca desta problemática. Não há uma fórmula capaz de elucidar todos os casos concretos que aparecem no judiciário, apenas cabe ao julgador uma maior cautela ao examinar os fatos que lhe são apresentados pelos meios de provas possíveis de serem produzidos.

Muito se fala em acompanhamento da vítima por equipe multidisciplinar e da aplicação do instituto da “Sala do Depoimento sem Dano”, como formas de auxiliar o julgador na busca pela justiça do caso concreto, já que nestas hipóteses a vítima se sentirá segura e amparada, podendo assim proceder a um depoimento de forma mais harmônica com o que de fato ocorreu.

Tais instrumentos serão aprofundados a seguir.

3.NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO DA VÍTIMA VULNERÁVEL POR UMA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR – ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A “SALA DO DEPOIMENTO SEM DANO”

A violência sexual é a manifestação de violência contra o ser humano que deve ser compreendida em inúmeros aspectos e que implica no uso/abuso de poder para satisfação de um desejo sexual do sujeito ativo do delito contra a vítima, a qual fica privada de exercer sua liberdade sexual.

Este tipo de violência é uma das mais graves que pode ser praticada contra um ser humano, pois implica em vários transtornos na vida de quem a sofre, além de atingir com força máxima a dignidade da pessoa humana. Também atinge a família da vítima, causando uma série de constrangimento e dor a todos os envolvidos.

Suas vítimas se sentem inferiorizadas, envergonhadas perante a sociedade. Essa agressão deixa marcas pelo resto de suas vidas, e daí a importância de ser dado a elas um atendimento especial, para que consigam superar esse trauma vivido e assim, seguir em frente sem que tal fato lhes acompanhe e as viole psicologicamente.

Sem dúvida essas pessoas necessitam de um acompanhamento e nada mais eficiente do que a presença de uma equipe multidisciplinar com profissionais preparados para lidar com



essa situação e desenvolver um trabalho com a vítima da forma mais eficiente possível, possibilitando sua reinserção na sociedade, rompendo com as barreiras impostas psicologicamente pela violência sofrida.

Quanto à presença desta equipe, ela se faz necessária desde o momento em que a vítima chega a uma Delegacia de Polícia para relatar o fato criminoso ocorrido para autoridades policiais, até o momento em que o processo se encerra, evitando com isso mais constrangimentos para sua vida, o que ajuda a uma superação mais rápida e eficiente. Quem já sofreu uma violação sexual, não precisa passar por mais momentos constrangedores e de sofrimento.

Quando se trata de pessoas consideradas vulneráveis para fins de aplicação do art. 217 –A do Código Penal¹⁷, este acompanhamento se mostra ainda mais necessário, pois tratam-se de pessoas que não possuem uma correta visão do mundo ao seu redor e que, por isso, são enganadas e violentadas de uma forma mais cruel por parte dos criminosos, os quais se aproveitam de suas condições para agir com frieza.

A equipe multidisciplinar é completa, ou seja, é capaz de atender a vítima em todos os aspectos necessários, que variam desde o atendimento médico, com a realização de exames e prescrição de medicamentos (por exemplo, para evitar uma gravidez indesejada pelo estupro), até o acompanhamento por psicólogos, possibilitando um melhor entendimento e aceitação da violência vivenciada, possibilitando uma grande superação do trauma vivido.

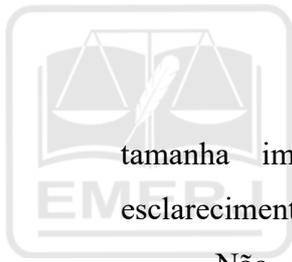
Para qualquer vítima de violência sexual deve ser dado este tipo de atendimento, porém, quando se trata de vulneráveis (sujeitos passivos do art. 217 –A, do CP)¹⁸, este deve ser mais profundo, pois, como já mencionado, tais pessoas não são capazes de distinguir os atos que praticam como certos ou errados, elas não possuem discernimento para tomar decisões em suas vidas. Logo, são alvos mais fáceis na visão dos criminosos, os quais abusam da imaturidade e/ou fragilidade destas pessoas para atacá-las.

Neste contexto, pode-se afirmar que elas sofrem um tipo de violência maior, como já mencionado, pois além do abuso sexual, acabam por sofrer outros abusos, sobretudo quanto à imaturidade de perceber o mundo que as rodeia.

As vítimas vulneráveis são mais frágeis e mais propícias a serem enganadas e violentadas, logo, o atendimento a elas prestado deve ser mais eficaz. Além disso, elas, em muitos casos, são as únicas que possuem informações esclarecedoras sobre o delito, daí

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.



tamanho importância deste acompanhamento no momento da colheita de seus esclarecimentos.

Não é somente importante para as vítimas no momento em que prestam seus depoimentos, mas também para o magistrado, o qual encontra grande dificuldade em avaliar a correta dinâmica dos fatos narrados, já que estas pessoas são consideradas incapazes de distinguir entre realidade e fantasia, entre certo e errado.

É neste momento que podemos encontrar uma solução na chamada “sala do depoimento sem dano”, a qual apareceu no judiciário pela primeira vez em 2003, diante de um caso concreto que chegou às mãos do Juiz José Antônio Daltoé Cezar, atualmente desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Era uma das primeiras vezes no país em que a escuta de uma criança, vítima de abuso sexual, era feita por meio de depoimento especial, uma técnica humanizada para oitiva de menores, vítimas de violência e abuso sexual.

O depoimento sem dano, hoje, chamado de depoimento especial, passou a ser obrigatório com a Lei nº 13.431, e vem sendo adotado amplamente pelos juízes com base na Recomendação nº 33, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁹. O método usado protege os vulneráveis, propiciando um ambiente mais seguro e menos hostil, ao mesmo tempo em que permite um depoimento mais fidedigno por meio da técnica adequada e profissionais preparados.

O depoimento sem dano consiste na aplicação de uma metodologia diferenciada de escuta de crianças e adolescentes na Justiça, em um ambiente reservado e que seja mais adequado ao seu universo. Na prática, servidores da Justiça são capacitados para conversar com crianças em um ambiente lúdico, procurando ganhar a sua confiança e não interromper a sua narrativa, permitindo o chamado relato livre. A conversa é gravada e assistida ao vivo na sala de audiência pelo juiz e demais partes do processo, como procuradores e advogados da defesa, por exemplo. A criança tem ciência de que está sendo gravada, informação que é transmitida de acordo com a sua capacidade de compreensão.

Quando o vulnerável se sente acolhido e possui confiança nas pessoas que estão ao seu redor, a consequência é que ele relate livremente o que ocorreu. Isso faz com que o encontro com a verdade dos fatos seja alcançado ou, o mais próximo disso.

¹⁹ CNJ. Recomendação nº 33 de 23/11/2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 07, out, 2018.



No processo penal é o que se espera, condenações embasadas na maior proximidade com o que de fato ocorrera. Logo, com o depoimento sem dano é mais fácil aos magistrados proferirem uma decisão mais justa possível.

O depoimento sem dano aparece como uma âncora ao judiciário para que este realmente exerça a sua função de forma fidedigna, pautado sempre na justiça do caso concreto.

Daí a importância deste procedimento especial, tratando-se de vítimas crianças e adolescentes, ser ampliado de forma a abranger as outras vítimas do estupro de vulnerável, sejam os enfermos ou doentes mentais, ou aqueles que, por qualquer outra causa não possam oferecer resistência.

Além disso, a implementação desse método deveria ser de abrangência nacional, o que não ocorre, já que ela é falha em muitos Estados brasileiros, o que não só prejudica a busca pela justiça em casos de violência sexual contra vulneráveis, mas também prejudica em grande escala a vítima, que será ouvida por pessoas despreparadas para lidar com essa grave situação.

Assim, atestando ser um grande avanço no judiciário, o depoimento especial e o procedimento de atendimento por equipe multidisciplinar a todas as vítimas de violência sexual, ainda encontra grandes desafios para sua devida implementação e, como consequência às vítimas vulneráveis, que acabam sendo as mais recorrentes e ficam a mercê de um judiciário despreparado para atender essas situações, o que acarretará grandes consequências para suas vidas e também para os acusados, já que uma vítima bem atendida, com profissionais preparados, como já dito, é capaz de prestar um depoimento mais sólido e seguro acerca dos fatos.

Logo, o poder público junto ao judiciário tem que ser mais atuante e se mostrar aberto ao apoio a essas vítimas, as quais sofrem muito com o crime em si, e mais ainda com as suas consequências.

CONCLUSÃO

Este trabalho constatou que falta estrutura do poder judiciário, sobretudo do poder público para garantir às vítimas do estupro de vulnerável uma maior proteção, o que influenciará nas provas colhidas durante a instrução processual e, conseqüentemente, no julgamento do juiz.



Isso porque, quando elas se sentem acolhidas, de alguma forma, se sentem seguras para relatar os fatos com mais precisão, demonstrando com mais clareza a dinâmica dos fatos, o que fará com que o julgador chegue a sua conclusão de forma concreta, de acordo com que realmente aconteceu durante a empreitada criminosa, ou o mais próximo disso.

Trata-se de uma dificuldade tamanha em valorar a palavra das vítimas do art. 217 –A, do Código Penal, uma vez que essas são ou estão em num estado de vulnerabilidade que lhes impossibilita de relatar como de fato tudo ocorrera, ou dar credibilidade aos fatos por elas narrados.

E, como constatado no presente trabalho, a palavra dessas vítimas é, sem sombra de dúvidas, crucial para o trabalho do magistrado, pois como relatado ao longo dos capítulos analisados, o crime de estupro, sobretudo o estupro de vulnerável, é cometido na clandestinidade, ou seja, o agente espera um momento a sós com a sua vítima para que possa agir.

Logo, conclui-se que, sem a palavra das vítimas, regra geral, não há como chegar a um juízo concreto dos fatos, o que impossibilita o juiz de prolatar uma sentença pautada na justiça.

Assim, é crucial que as autoridades tomem providências para que seja implantado um programa de atendimento a tais pessoas, desde o momento em que o fato criminoso é descoberto, até o momento em que se prolata uma sentença, fornecendo apoio por meio de uma equipe multidisciplinar que também procederá à oitiva desta vítima, sem que ela fique traumatizada e que possa se sentir segura, podendo assim, oferecer um lastro probatório coeso e mais próximo possível da realidade.

Note-se que em algumas regiões já existe este sistema conhecido como depoimento sem dano, ocorre que para que seja alcançado o ideal, o Brasil ainda tem que lutar muito. Enquanto isso, basta ao judiciário buscar outros elementos probatórios que sejam coesos com o depoimento das vítimas, buscando uma harmonia, tentando ao máximo, fazer a justiça do caso concreto, o que é uma das finalidades do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 22 setembro 2018, 16:25:00

FRANCO, Alberto Silva et alii. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3296. Acesso em 22 maio 2018, 14:33:00

<https://jus.com.br/artigos/13629/comentarios-a-lei-n-12-015-09>. Acesso em 22 maio 2018, 15:42:00

<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>. Acesso em 21 maio 2018, 21:20:00

<https://naicosta90.jusbrasil.com.br/artigos/347910767/uma-breve-historia-sobre-o-crime-de-estupro>. Acesso em 22 maio 2018, 17:00:00

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652008000200009 – acesso em 07 de out de 2018, 18:36:00

<http://www.cnj.jus.br> – acesso em 07 de out de 2018, 19:11:00

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 4. ed. Rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R.. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. Ed. Salvador: JusPODIUM, 2013.

A INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES NO ECA, UM COTEJO ENTRE A ATIPICIDADE DO CRIME PRATICADO PELO AGENTE INFILTRADO E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

João Gabriel Dantas Zeghir

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

Resumo – A infiltração virtual de agentes consiste em técnica investigativa sofisticada, trazida para a legislação brasileira por meio da Lei 13.441/17, que inseriu no Estatuto da Criança e do Adolescente os artigos 190-A e seguintes, possibilitando a infiltração de agente policial no meio cibernético com escopo de investigar determinadas modalidades criminosas, em resposta ao exponencial avanço dos crimes virtuais que atingem crianças e adolescentes em todo o mundo. O presente trabalho busca traçar um paralelo entre essa modalidade de infiltração de agente policial, com as modalidades de infiltração física previstas na Lei nº 11.343/06 e Lei nº 12.850/13, mais especificamente no que concerne à prática de crimes pelo agente infiltrado, principalmente à luz da doutrina da proteção integral que representa a base axiológica do Estatuto da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Penal. Processo Penal. Infiltração virtual de agente policial. Responsabilidade do agente infiltrado. Doutrina da proteção Integral.

Sumário – Introdução. 1. A infiltração de agente policial: origem, evolução e regramento 2. O cometimento de crimes pelo agente infiltrado. 3. O conflito aparente entre a prática de crimes pelo agente infiltrado e a doutrina da proteção integral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO.

O presente trabalho busca analisar comparativamente as modalidades de infiltração de agentes policiais contempladas na legislação brasileira, de forma a definir qual seria a limitação à atuação do agente infiltrado no meio cibernético previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desta forma, pretende-se demonstrar se é possível excluir a responsabilidade do agente infiltrado que comete os crimes no bojo de operação de infiltração prevista nos artigos 190-A e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente. A discussão desse tema tem como objetivo demonstrar que a exclusão de responsabilidade do agente infiltrado não colide com a doutrina da proteção integral, mas por outro lado preconiza a sua promoção, já que tal expediente só deve ser utilizado de forma residual.

Nesse contexto, o presente artigo analisará as seguintes problemáticas: é possível a exclusão da responsabilidade do agente que pratica crimes no âmbito da operação de infiltração



virtual disciplinada no ECA? Caso seja possível aplica-la como seria viabilizada a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente?

Visando alcançar a meta proposta, o tema será estudado em três capítulos.

Primeiramente será abordada a gênese e evolução da técnica investigativa de infiltração de agente policial, demonstrando o seu aprimoramento conforme a necessidade de resposta do Estado à sofisticação da criminalidade.

O segundo capítulo buscará demonstrar as situações em que o agente infiltrado é compelido à prática de crimes visando a sua proteção pessoal, a proteção dos agentes que lhe dão cobertura, bem como a preservação da operação, demonstrando de que forma pode ser excluída a sua responsabilidade penal.

O terceiro capítulo discorrerá especificamente sobre o agente infiltrado que comete práticas delitivas, tipificadas principalmente no Estatuto da Criança e do Adolescente, e os possíveis entraves à exclusão da responsabilidade criminal do agente diante da doutrina da proteção integral, que representa a base axiológica de todo o microssistema voltado para a salvaguarda de uma classe de indivíduos que são considerados vulneráveis e necessitam de maior atenção por parte do aparato estatal.

Em relação aos aspectos metodológicos, o estudo será baseado na pesquisa bibliográfica. O método a ser empregado é o dedutivo, tendo em vista que haverá uma análise geral à produção legislativa. A abordagem do problema é qualitativa tendo em vista a análise legal em cotejo com entendimentos doutrinários.

Diante do exposto, o enfoque deste estudo será analisar, de acordo com um referencial bibliográfico, o aparente conflito entre a exclusão da responsabilidade do agente infiltrado e a doutrina da proteção integral, esculpida no texto constitucional no artigo 227 da Carta Magna.

1. A INFILTRAÇÃO DE AGENTE POLICIAL: ORIGEM E EVOLUÇÃO E REGRAMENTO.

A figura do agente infiltrado tem origem muito antiga, havendo dissenso na doutrina quanto aos seus efetivos precursores. A tese mais aceita é a de que a figura do agente infiltrado remonta às monarquias absolutistas francesas, mais especificamente ao reinado de Luis XIV, o qual com escopo de fortalecer ainda mais o Antigo Regime, criou a figura dos "agentes

provocadores", que detinham a função de descobrir os inimigos políticos do Rei no bojo da sociedade francesa.¹

Em que pese atualmente se fazer distinção entre o agente provocador e o agente infiltrado, consistindo o primeiro na figura do agente que induz o autor à prática do crime e ao mesmo tempo toma todas as precauções para que o fato não se consuma, gerando uma situação de crime impossível e conseqüentemente de flagrante ilegal, é inegável que os "agentes provocadores" do absolutismo francês eram introduzidos, alguns de forma dissimulada, em um meio conveniente para a obtenção de informações que posteriormente seriam utilizadas pela monarquia, partindo-se, portanto, da mesma premissa básica que norteia a atuação do agente infiltrado, qual seja a obtenção de informações.

No entanto, é a organização da criminalidade em estruturas complexas e ordenadas que faz com que os Estados se preocupem cada vez mais em oferecer uma resposta social ao avanço destas organizações criminosas, que primeiramente foram personificadas nas máfias italianas e posteriormente nos grandes cartéis do narcotráfico colombiano.

O desenvolvimento de técnicas investigativas mais complexas como a infiltração de agentes ganhou grande relevância, sobretudo após a Convenção de Viena das Nações Unidas, sobre tráfico ilícito de drogas, de 20.12.1988, que previu expressamente a possibilidade de inserir em organizações criminosas voltadas ao tráfico ilícito de drogas um agente estatal que seria responsável por obter informações relevantes quanto ao organograma e rotinas destas organizações.²

É nesse contexto que o Estados Unidos assumem um papel de protagonismo em operações de investigação internacional de grandes organizações criminosas. Como resultante da política de guerra às drogas idealizada pelo Presidente Ronald Reagan, houve um expressivo alargamento da Agência de Controle do Drogas Norte-Americana (FDA), que passou a coordenar uma série de atividades investigativas especiais, principalmente buscando combater os grandes cartéis de narcotráfico colombiano que movimentaram bilhões de dólares e detinham um grande mercado consumidor no território americano, sobretudo nos Estados do Sul.

¹JOSÉ, Maria Jamile. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. 2010, 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

²LOPES, Mariângela Tomé. A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha: possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. vol. 89/2011.p. 494 - 532. Mar - Abr. 2011 DTR.2011.1335.



Mercado esse posteriormente abastecido pelos cartéis mexicanos que se valiam da proximidade geográfica e da facilitação de rotas para alimentar os consumidores norte-americanos.

No Brasil, a antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 9034/95), previa em seu artigo 2º, inciso V, a possibilidade de infiltração de agentes de polícia ou inteligência em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante a circunstanciada autorização judicial.³

Entretanto, tal diploma não regulamentou de forma suficiente a matéria, deixando ao alvitre da autoridade responsável pela operação diversas matérias.

Posteriormente, a Lei nº 11.343/06⁴, previu a possibilidade de infiltração de agente policial (excluindo o agente de inteligência) como técnica de investigação especial no combate dos crimes que envolvem substâncias entorpecentes proibidas, contudo a referida lei igualmente não reservou tratamento detalhado à medida.

Foi só com a Lei nº 12.850⁵ de 2013, Lei de Crimes Organizados, que a infiltração de agente policial ganhou maior regulamentação legal, passando a lei a determinar seus requisitos, prazo de duração, legitimidade para requerimento, necessidade de oitiva do Ministério Público, controle jurisdicional prévio, tramitação sigilosa do pedido de infiltração, prevendo ainda uma série de direitos que se aplicam ao agente infiltrado.⁶

A mais recente inovação legislativa acerca da infiltração foi a Lei nº 13.441/17⁷, que inseriu no ECA, a partir do artigo 190-A o procedimento da infiltração virtual de agentes.

Tal modalidade traz um rol de crimes que pode ser objeto da medida, e tais crimes podem ser setorizados em categorias, quais sejam: pedofilia; crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis; corrupção de menores; satisfação da lascívia; favorecimento da prostituição de criança, adolescente ou qualquer vulnerável; invasão de dispositivo informático.

Muito se discute quanto à natureza deste rol, se seria um rol exemplificativo de crimes que possibilitam a adoção da medida, ou se o rol seria taxativo, e o legislador previu este exatamente para limitar a técnica da infiltração à casos extremamente graves.

³LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*, 6. ed. Local: Salvador. JusPodivm. 2018. p. 755.

⁴BRASIL. *Lei n. 11.343/06*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 03 out. 2018.

⁵BRASIL. *Lei n. 12.850/13*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> Acesso em: 03 out. 2018.

⁶Ibidem.

⁷BRASIL. *Lei n. 13.441/17*, DE 08 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113441.htm> Acesso em: 03 out. 2018.



Em que pese posicionamentos em contrário, a melhor posição⁸ é a de que trata-se de rol exemplificativo. Tal medida acarreta uma inegável violação aos direitos fundamentais dos indivíduos investigados, sobretudo ao direito à intimidade e vida privada, desta forma é evidente que deve ser reservada à infrações de alto grau de periculosidade abstrata.

No entanto, não se pode afastar a aplicação da técnica de infiltração, se esta for o único mecanismo eficiente para investigar determinada prática delitiva grave em face de criança ou adolescente, sendo esta a posição que mais se coaduna com a doutrina da proteção integral.

Além da previsão do rol de crimes o ECA aduz que a medida pressupõe autorização judicial circunstanciada, e ainda que no pedido de infiltração deva ser demonstrada a necessidade da medida, o alcance das tarefas dos policiais, bem como os nomes ou apelidos das pessoas que se pretende investigar; sustentando ainda que a infiltração virtual não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, admitindo-se, caso comprovada a necessidade, sucessivas prorrogações que não poderão exceder o total de 720 (setecentos e vinte) dias.

2. O COMETIMENTO DE CRIMES PELO AGENTE INFILTRADO.

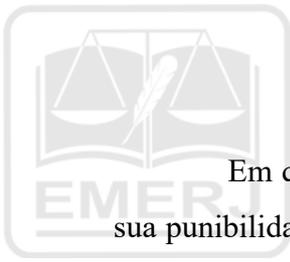
A infiltração de agentes é, indubitavelmente, o meio de prova que mais aproxima o Estado das fontes probatórias, pois com a dissimulação de um agente público treinado e qualificado no bojo de uma célula criminoso é possível verificar seu pleno funcionamento, suas nuances e estrutura organizacional, determinando de forma segura o limite de atuação de cada um dos possíveis investigados.

Contudo, tal proximidade não contempla apenas pontos positivos, além do enorme risco da clandestinidade, não é raro, o agente infiltrado é solicitado pelos integrantes da organização criminoso a auxiliar na prática de crimes.

Na verdade é praticamente um pressuposto básico da função de agente infiltrado a prática de determinados delitos, tanto é assim, que a Lei nº 12.850/13 dispõe expressamente, em seu artigo 13⁹, parágrafo único, que o agente infiltrado que pratica crime, no âmbito da infiltração, não será punível se inexigível conduta diversa, devendo responder o agente infiltrado diante de eventual excesso praticado, conforme disposto no artigo 13 do mesmo diploma.

⁸FULLER, Greice Patrícia; GALINARO, Fábio. *A infiltração de agentes em meio virtual sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise da lei 13.441, de 8 de maio de 2017*. vol. 995/2018 . p. 175 - 193 . Set / 2018DTR.2018.19367

⁹BRASIL - Artigo 13 - Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> Acesso em: 03 out. 2018.



Em que pese a Lei afirme que o agente não será punido o que daria a entender que a sua punibilidade seria extinta, a melhor doutrina, aqui por todos Renato Brasileiro de Lima¹⁰, entende que o agente pratica fato típico e ilícito, mas não culpável, tendo em vista que é elemento da culpabilidade a exigibilidade de conduta diversa.

Conforme afirma Cleber Masson: "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 [...]"¹¹.

Portanto, o agente infiltrado que pratica determinado crime com escopo de preservar a sua identidade, a identidade dos policiais que lhe dão cobertura, ou mesmo a higidez da operação de infiltração não nutre na sociedade uma expectativa de que irá se comportar de forma diversa da qual se comportou, ao contrário, atua dentro dos ditames do que dele se espera.

Em que pese não ser tratado expressamente na parte geral do Código Penal como causa excludente da culpabilidade a inexigibilidade de conduta diversa, é plenamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal¹² e pela doutrina.

Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo é categórico ao afirmar que a inexigibilidade de conduta diversa é a mais importante causa de excludente da culpabilidade, representando verdadeiro princípio penal, na medida em que não há pena sem culpa, e não se pode falar em culpa quando o agente não poderia agir de outra maneira.¹³

Em que pese ser comum a prática de crimes pelo agente infiltrado, a concessão legal não representa uma cláusula aberta à impunidade, tendo em vista que agente deve observar a estrita proporcionalidade em sua atuação.

Neste ponto, interessantes as lições de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Cesar Busato¹⁴. Os ilustres doutrinadores aduzem que, se a colaboração do agente infiltrado recai sobre crimes nos quais já havia suspeita, estando pois na esfera do previsto pelo projeto de infiltração sequer há de se falar em ilicitude da conduta, na medida em que os agentes atuam em exercício regular de direito.

Por outro lado, em caso de crimes não contemplados na investigação, e o agente é compelido a praticá-los como prova de lealdade à organização, em se tratando de cumplicidade o agente terá excluída a sua culpabilidade.

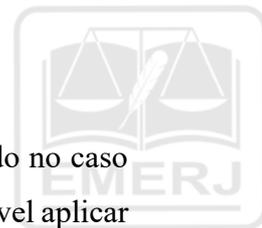
¹⁰LIMA. op.cit. p. 772.

¹¹MASSON, Cleber. *Direito Penal*. Parte Geral. 9. ed. v1. Local: São Paulo. Método. 2014. p. 545.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal - *HC 16.865/PE*, rel. Min Felix Fischer, 5ª turma, j. 09.10.2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticia detalhe.asp?idconteudo=374437>> Acesso em: 29 set. 2018.

¹³MASSON. op.cit., p. 547.

¹⁴BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo Cesar. *Comentários à lei de organização criminosa*. Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2012. p.179-182



Se, por outro lado, houver coautoria do agente infiltrado deve ser observado no caso concreto se a sua conduta se alinha à finalidade da investigação., somente sendo possível aplicar a excludente de culpabilidade caso se verifique o nexo da conduta com a finalidade da operação.

No caso de o agente infiltrado ser autor direto ou mediato do crime nenhuma cláusula de exclusão da responsabilidade seria possível, no entendimento dos ilustres autores, já que nestas situações o agente infiltrado atuaria com certa autonomia, sendo portanto exigível conduta diversa.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê expressamente em seu artigo 190-C que não comete crime o policial que oculta sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no artigo 190-A, aduzindo ainda que o policial que não observar as finalidades da investigação será responsabilizado pelo excesso praticado.

É evidente que o agente infiltrado deve observar a proporcionalidade em sua atuação, incumbindo ao magistrado conferir segurança na determinação do objeto do procedimento de infiltração para a atuação do agente infiltrado.

No âmbito de organizações criminosas a discussão acerca da proporcionalidade em torno dos delitos praticados, embora longe de ser simples, não é comparável, nem de longe, com a complexidade da discussão quando a matéria gira em torno da imagem, honra, integridade psíquica e liberdade sexual de criança ou adolescente.

Em um exemplo plenamente possível de acontecer em operações de infiltração virtual de agentes com o escopo de dismantelar redes de pedofilia, questiona-se a proporcionalidade da conduta de um policial infiltrado que armazena e divulga cena de sexo explícito contendo menor ou adolescente a fim de angariar a confiança dos criminosos.

Conforme aduz Rafael Wolff¹⁵, seria plenamente desproporcional que um agente policial efetuasse a gravação de cena de cunho erótico contendo criança ou adolescente e difundisse o conteúdo na internet, com finalidade investigativa. Contudo para o referido autor seria possível a divulgação de material apreendido em outras operações com escopo de fazer com que o agente se insira na rede de pedofilia e consiga portanto obter informações relevantes acerca das graves atividades criminosas ali desenvolvidas.

¹⁵WOLFF, Rafael. Infiltração de agentes por meio virtual. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (Org.). *Crimes Cibernéticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.



O mesmo entendimento é adotado pelo Delegado da Polícia Civil de São Paulo Francisco Sannini Neto¹⁶ para quem o *animus* investigativo do policial na propagação das imagens excluiria a própria tipicidade da conduta delitiva.

Neste ponto, surge relevante controvérsia quanto à natureza da exclusão da responsabilidade do agente infiltrado no ECA, sugerindo o autor Francisco Sannini Neto que trata-se de causa de atipicidade sob a ótica da tipicidade conglobante, uma vez que, diversamente do que faz a Lei nº 12.850/13¹⁷, não há qualquer menção no referido Estatuto à exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

A conceito da tipicidade conglobante formulado por Eugênio Raul Zaffaroni pressupõe que deve existir uma dupla análise de tipicidade, primeiramente deve-se analisar a tipicidade formal, que consiste em simples juízo de subsunção típica e posteriormente deve-se analisar a tipicidade conglobante, de modo que somente seriam típicos os fatos contrários ao direito.¹⁸

Desta forma, o ilustre jurista argentino traz para o tipo uma certa análise de ilicitude, o que faz bastante sentido, já que é um tanto incongruente considerar típico um fato permitido ou até fomentado pelo Estado.

Conforme se percebe, no caso específico da infiltração virtual de agentes, não há o elemento de risco pessoal que justificaria a exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, diante da prática de um crime.

Não se pode dizer que o agente policial não poderia ter se comportado de outra forma, já que no caso não há uma situação de acirramento de ânimos.

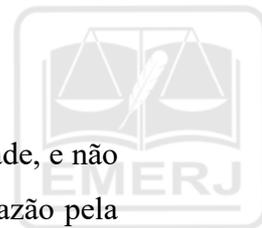
O que se verifica na verdade é uma vertente investigativa que encontrou uma barreira intransponível, salvo pela prática de um ato extremo de investigação que implicaria no cometimento de crime.

O que se verifica, portanto, é uma "inexigibilidade de conduta diversa investigativa", ou seja, caso não se permita a inserção do agente da rede de pedofilia por meio da vinculação de material pornográfico contendo criança ou adolescente, pode ser que jamais seja possível combater aquela organização.

¹⁶SANNINI NETO, Francisco; JORGE, Hugo Vinicius Nogueira. *Infiltração virtual de agentes é um avanço nas técnicas especiais de investigação criminal*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/infiltracao-virtual-agentes/>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁷BRASIL - Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm Acesso em: 03 out. 2018.

¹⁸MASSON, op.cit.,p.276.



A investigação é, antes de mais nada, uma obrigação do Estado, e a sociedade, e não somente as vítimas, tem o direito de ver elucidados todos os crimes. Sendo essa a razão pela qual os atos investigativos são considerados fomentados, e conforme se assentou, não se pode tipificar condutas que são fomentadas pelo Estado.

Portanto, como não há expressa previsão legal, e pela ausência dos requisitos inerentes à inexigibilidade de conduta diversa, o entendimento mais favorável à doutrina da proteção integral é o de que os atos investigativos, que ensejam na prática de crimes pelo agente virtual devem ser considerados atípicos.

3. O CONFLITO APARENTE ENTRE A PRÁTICA DE CRIMES PELO AGENTE INFILTRADO E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.

A doutrina da proteção integral representou um enorme avanço do direito brasileiro rumo a efetivação dos Direitos Humanos.

O artigo 227 da Carta Magna declarou ser dever da família, da sociedade e do Estado 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.

Conforme se percebe a doutrina da proteção integral funda-se em três elementos básicos: a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, destinatários de absoluta prioridade, respeitando-se as peculiaridades da pessoa em desenvolvimento.¹⁹

O artigo 143, parágrafo único, do ECA veda expressamente que qualquer notícia a respeito do fato que vitimou a criança a identifique, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.

Diante disso, se percebe-se uma nítida intenção por parte do legislador em preservar a criança vítima de crime ou mesmo ato infracional, de forma a garantir a sua integridade psíquica, sua honra, e evidentemente sua dignidade.

É indubitável que uma primeira leitura do dispositivo nos leva a concluir que o Estatuto da Criança e do Adolescente veda de forma absoluta que agentes infiltrados utilizem-se de

¹⁹FERREIRA, Luis Antonio Miguel; Dói, Cristina Teranise. *A proteção integral das Crianças e Adolescentes Vítimas* (Comentários ao art. 143 do ECA). Disponível em : <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html>. Acesso em: 19 set. 2018.



material contendo cena de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente com *animus* investigativo, buscando conquistar a confiança de criminosos que integrem, por exemplo, uma rede de pedofilia.

De fato, é inegável que a nova divulgação do material acarreta um reavivamento da lesão sofrida, e uma nova lesão ao bem jurídico tutelado.

Portanto, em uma primeira análise, é extremamente provável a conclusão de que o cometimento de crimes que envolvam vítimas menores ou adolescentes por agente infiltrados no bojo de operação de infiltração virtual seria desproporcional por afrontar o princípio da proteção integral e assim a própria Constituição Federal.

Partindo-se para uma análise mais ampla, contudo, deve-se perceber que o objetivo da infiltração virtual de agentes previsto no ECA tem com estandarte o combate à criminalidade crescente que não para de vitimar mais crianças e adolescentes.

Os princípios constitucionais devem ser sopesados à luz da ponderação de forma que seja possível a convivência harmônica destes no sistema normativo.

Assim, é fundamental verificar que a prática dessas infrações por agentes infiltrados, em muitos casos, é a única forma de evitar que mais crianças ou adolescentes sejam vitimados por essa terrível forma de criminalidade que cresce exponencialmente no meio virtual, no qual não há paredes, portas, fechaduras ou grades que separem as vítimas de seus predadores.

Portanto, tal atuação ao revés de colidir com o princípio da proteção integral é na verdade uma de suas manifestações.

O cotejo que deve ser feito é entre os direitos fundamentais da criança ou adolescente, que infelizmente já foram violados por condutas delituosas, e serão novamente turbados pela atuação do agente infiltrado, e o direito de outras milhões de crianças e adolescentes que, felizmente, permanecem com a sua incolumidade, mas estão na mira dos criminosos que atuam no meio virtual.

O resultado dessa ponderação, embora pouco palatável, deve ser visto sobre a ótica da imperfeição humana, de forma que nem sempre será possível a obtenção dos resultados esperados sem a produção de um efeito colateral.

O que, evidentemente, não pode acontecer é que esses efeitos colaterais sejam tão graves a ponto de não se compensarem pelos resultados obtidos, sob pena de forte colisão com o princípio da proporcionalidade, que é o vetor principal que orienta a atuação de todos em sociedade, sobretudo do Estado quando do exercício de seu Poder de Império.

CONCLUSÃO

A Lei nº 13.441/17 que inseriu no Estatuto da criança e do Adolescente a previsão da infiltração virtual de agentes pode representar um grande avanço no ordenamento brasileiro no combate aos crimes cometidos em face de criança e adolescente no ambiente informático.

Grades operações policiais já têm ocorrido durante o ano de 2018, principalmente no combate a pedofilia, como a famosa operação "Luz da Infância 2" que durante o mês de maio mobilizou mais de dois mil e quinhentos policiais civis em todo o Brasil, e prendeu mais de duzentos e cinquenta indivíduos, no entanto, não houve qualquer menção à utilização da infiltração virtual de agentes nas investigações, fato que deve provocar alguns questionamentos.

O primeiro questionamento diz respeito à capacitação dos policiais e a disponibilização de tecnologia para a realização da medida.

O Brasil é um país que gasta muito dinheiro em segurança pública, seja no investimento em infraestrutura ou armamento, no entanto, o investimento em inteligência e capacitação profissional é bem aquém do ideal.

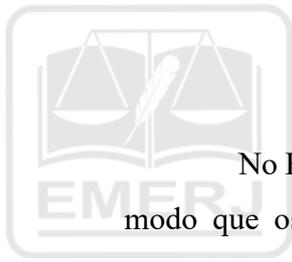
Para além da simples previsão na lei é fundamental que o Poder Executivo se movimente no sentido de criar os meios técnicos para o desempenho da medida.

Neste sentido interessante mencionar a empresa de tecnologia do autor norte-americano Ashton Kutcher, que atua junto ao FBI, desenvolvendo avatares virtuais que muito se assemelham a um ser humano, e que são utilizadas em operações de infiltração de agentes em rede de pedofilia, sem a necessidade da exposição da imagem de uma criança ou adolescente real.

Além deste, um outro questionamento diz respeito à segurança do agente policial que executa a medida.

O legislativo caminhou muito bem em inserir a infiltração virtual de agentes no bojo do estatuto da criança e do adolescente, que contempla uma série de outras medidas excepcionais voltadas para a proteção deste grupo vulnerável. Neste cenário é relevante a discussão acerca do cometimento de crimes pelo agente infiltrado.

Conforme se percebe tal discussão condiciona até mesmo a eficácia da lei, uma vez que sem a garantia dos limites que deverão observar, é muito difícil que a política judiciária lance mão desta vertente investigativa ante o temor de sofrer um processo administrativo ou mesmo criminal.



No Brasil há uma certa tendência de se imputar alguns fracassos às forças policiais, de modo que os agentes públicos com poder decisório de fato, permanecem completamente divorciados da realidade.

Por essa razão, é necessário determinar de modo mais detalhado em que hipótese é possível que o agente virtualmente infiltrado cometa crimes, o que não foi feito pela Lei nº 13.441/2017.

REFEÊNCIAS

BITENCOURT, CESAR ROBERTO; BUSATO, PAULO CESAR. *Comentários à lei de organização criminosa*. Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 03 out. 2018.

_____. *Lei n.º 11.343/06*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm> Acesso em: 03 out. 2018.

_____. *Lei n.º 12.850/13*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm> Acesso em: 03 out. 2018.

_____. *Lei n.º 13.441/17*, de 08 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113441.htm> Acesso em: 03 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 16.865/PE, REL. MIN FELIX FISCHER, 5ª TURMA, J.09.10.2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=374437>> Acesso em: 29 set. 2018.

FERREIRA, LUIS ANTONIO MIGUEL; DÓI, CRISTINA TERANISE. *A proteção integral das crianças e adolescentes vítimas (comentários ao art. 143 do ECA)*. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html>>. Acesso em: 19 set. 2018.

JOSÉ, MARIA JAMILE. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. 2010, 191F. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <HTTPS://WWW.GOOGLE.COM.BR/URL?SA=T&RCT=J&Q=&ESRC=S&SOURCE=WEB&CD=1&CAD=RJA&UACT=8&VED=0CBWQFJAAAHUKEWIWRE_QZ6ZIAHXDF5AKHYLCCB0&URL=HTTP%3A%2F%2FWWW.TESES.USP.BR%2FTESES%2FDISPNIIVEIS%2F%2F2137%2FTDE01122010144008%2FPUBLICO%2FINFILTRACAO_POLICIAL_MARIA_JAMILE_JOSE.PDF&USG=AFQJCNHTYOOALSQIPACJYK3AUKUQWXTG&SIG2=LSPKG7ZWP7U6F_XYY78L-TA&BVM=BV.104317490,D.Y_2I>. Acesso em: 19 set 2018, p. 70.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 6. ed. Local: Salvador. Juspodivm. 2018.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 9. ed. v. 1. Parte geral. Local: São Paulo. Método. 2014



SANNINI NETO, FRANCISCO; JORGE, HUGO VINICIUS NOGUEIRA. *Infiltração virtual de agentes é um avanço nas técnicas especiais de investigação criminal*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/infiltracao-virtual-AGENTES/>>. Acesso em: 19 set. 2018.

WOLFF, RAFAEL. Infiltração de agentes por meio virtual. in: SILVA, ÂNGELO ROBERTO ILHA DA (ORG.). *Crimes Cibernéticos*. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2017.

POSSIBILIDADES E LIMITES DA CONDENAÇÃO DOS PAIS POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO E MATERIAL DOS FILHOS

João Pedro de Mendonça Horta

Graduado pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pós-Graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Pós-Graduando em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Residente Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ. Advogado.

Resumo – O direito civil-constitucional, baseado na máxima efetividade da Constituição da República de 1988 e na unidade do sistema, erigida a partir do princípio constitucional da dignidade humana, tornou-se a ideologia vencedora do direito privado nacional nos últimos anos. Com isso, a ideia de intervenção no direito das famílias sofreu um giro copernicano, inclusive no tocante à responsabilidade civil. Categorias outrora impensáveis como caracterizadoras de dano moral nessa seara, a exemplo do abandono material e do abandono afetivo da prole ganharam tratamento na jurisprudência, embora sem prejuízo de controvérsias e incertezas. Ressalte-se que o dano moral por abandono material e o dano moral por abandono afetivo são institutos diferentes, pois divergem na origem quanto ao dever da autoridade parental, sustento e cuidado, respectivamente. Dano moral por abandono material também não se confunde com a obrigação alimentar, uma vez que esta não se destina à responsabilidade civil, possuindo no que concerne àquele uma relativa independência conceitual e prática. É preciso, por outro lado, com base na ideia de primazia da tutela específica dos direitos da personalidade, decorrente da despatrimonialização do direito civil, consolidar a ideia de que a indenização nessas hipóteses deve ser a *ultima ratio*, devendo o julgador primar por medidas que restaurem as relações familiares e desconsiderar as condutas derivadas de descumprimentos episódicos dos deveres familiares como situações indenizáveis.

Palavras-chave – Direito Civil. Dano Moral. Dignidade Humana. Paternidade Responsável. Solidariedade. Abandono Material. Obrigação Alimentar. Nexos de causalidade. Autoridade parental. Dever de sustento. Abandono Afetivo. Dever de cuidado. Alienação Parental. Ato ilícito. Despatrimonialização da compensação.

Sumário – Introdução. 1. Encontros e desencontros a respeito do dano moral por abandono afetivo. 2. O surgimento do dano moral por abandono material e sua delimitação frente às obrigações alimentares. 3. As diferenças entre o dano moral por abandono material e o dano moral por abandono afetivo. Conclusão. Referências.



O direito civil-constitucional, baseado na máxima efetividade da Constituição da República de 1988 e na unidade do sistema, erigida a partir do princípio constitucional da dignidade humana (artigo 1º, inciso III da CRFB/88), tornou-se a ideologia vencedora do direito privado nacional nos últimos anos. Com isso, a ideia de intervenção no direito das famílias sofreu um giro copernicano, o qual é sentido inclusive no âmbito da responsabilidade civil.

Inicialmente, forçoso destacar que o próprio dano moral é compreendido sob essa nova perspectiva, de forma objetiva, como a lesão a um interesse existencial merecedor de tutela, reconduzindo-se à dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela da personalidade humana.

Nesse diapasão, o afeto passou a ser o elemento estruturante do direito das famílias. A família se tornou funcionalizada, instrumento de felicidade e promoção da dignidade de cada um de seus membros e não um fim em si mesma. Trata-se agora nas palavras de Gustavo Tepedino de “um conceito flexível e instrumental”.

Essa busca de realização plena dá ensejo aquilo que se convencionou chamar de família eudemonista, abandonando-se o primado da família patriarcal de outros tempos, na qual o grupo familiar, liderado pelo patriarca possuía uma proteção moral que se sobrepunha à autonomia dos demais integrantes.

Ademais, a própria noção de ato ilícito, especialmente no ambiente familiar, ganhou novos contornos sob os influxos das normas constitucionais, consoante bem observado por Anderson Schreiber, de modo que as relações familiares, que pareciam imunes à incidência da responsabilidade civil, modificaram-se com a conquista de uma efetiva isonomia entre os cônjuges e companheiros, além da atribuição aos filhos de um papel mais ativo no seio familiar. Esse fato fez exsurgir na sociedade “novas” espécies de conflitos, que por sua vez demandam tentativas de solucioná-los por meio da imposição do dever de indenizar.

Veja-se, portanto, que novas espécies de dano surgiram no cenário das famílias com a mudança da tábua axiológica subjacente às relações familiares. Nessa moldura, no que toca particularmente aos fins deste trabalho, serão abordados os contornos jurídicos da obrigação de indenizar os filhos pelos abandonos afetivo e material dos pais, tema candente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.



No primeiro capítulo serão abordadas as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do dano moral por abandono afetivo.

No segundo capítulo, o mesmo enfoque será conferido ao dano moral como desdobramento do abandono material, incluindo sua delimitação conceitual em relação às obrigações alimentares.

No terceiro capítulo, será realizada a diferenciação entre os institutos e a apresentação dos problemas práticos que decorrem de um olhar exclusivamente compensatório para o tema.

Assim, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, considerando que o pesquisador 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. ENCONTROS E DESENCONTROS A RESPEITO DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO.

Como bem observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal¹, a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar “não é suficiente para caracterizar o dever de indenizar, dependendo a incidência das regras de responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias da efetiva prática de um ato ilícito, nos moldes dos arts. 186 e 187 do Código Civil”².

Os artigos 186 e 187 do Código Civil preveem o seguinte:

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil - Direito das Famílias*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.135.

² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.



Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art.187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ora, nessa moldura, a ausência de afeto, no sentido cotidiano, caracteriza ato ilícito?

Novamente, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³ demonstram que não, nos seguintes termos:

“Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais do que o *ser*”.

Todavia, a questão relativa ao vocábulo “afeto” nessa hipótese específica, possui outra conotação. Isso porque, a Terceira Turma do STJ no Resp 1.159.242/SP – Caso Luciane Souza – de Relatoria da Ministra Nancy Andrichi, admitiu a condenação por dano moral afetivo. Entendeu-se naquele caso que a conduta do genitor violou o chamado “dever de cuidado”. A afetividade como dever jurídico, não se confundiria com a existência real do afeto. A afetividade e não o afeto seria dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que houvesse desamor ou desafeição entre eles.

O acórdão restou assim ementado:

[...]1. Inexistem 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 desinências, 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, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico [...]⁴

³ ROSENVALD, op. cit., p.136.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1159242&opedor=e&tipo_viusualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 out. 2018.

No mesmo sentido, há enunciados do IBDFAM⁵:

Enunciado 08. O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.
Enunciado 10. É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos.

Em síntese, a violação do dever de cuidado emerge dos deveres do poder familiar de guarda e de direção da criação e da educação dos filhos (artigo 229 da CRFB/88⁶, artigo 1634, incisos I e II do CC/02⁷ e artigo 22 do ECA⁸). Trata-se de encargos relacionados ao princípio da paternidade responsável (artigo 227, parágrafo 7 da CRFB/88⁹) e que compete a ambos os genitores, mesmo que separados (artigo 1.631 do CC/02¹⁰). Mister destacar que mesmo aquele genitor que não possui a guarda, deve desempenhar a sua afetividade valendo-se do direito de visitas, na forma do artigo 1.589 do CC/02¹¹.

A negligência acerca desses deveres, justifica, inclusive, a perda do poder familiar, por configurar abandono (artigo 1638, II do CC/02¹²). Porém, na esteira de Maria Berenice Dias¹³, “a penalização não basta. A decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas uma bonificação pelo abandono”.

Corroborando a viabilidade do dano afetivo, leciona Marco Aurélio Bezerra de Melo¹⁴:

[...] a Constituição e o Código Civil impõem o dever de cuidar do filho, assim como determinam a este que faça o mesmo diante da senectude de seus genitores. Destarte, o dano decorrente da inobservância desse dever exige a reparação, como qualquer outra ofensa que possa atingir a personalidade do indivíduo. Por exemplo, se os pais cometem, sem justa causa, abandono intelectual contra o filho (arts. 208 e 227, CF, 22, da Lei n. 8.078/90, e 246 do CP), privando-o do acesso ao direito fundamental de educação, terá cabimento igualmente a responsabilidade civil dos pais.

⁵ IBDFAM. *Enunciados*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸ BRASIL. *Lei nº 8.069/90*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l-8069.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

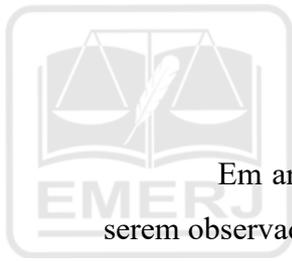
¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.589

¹⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil*. Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2018, p.190-191.



Em análise lapidar do tema, Anderson Schreiber traça, assim, os seguintes parâmetros a serem observados¹⁵:

a) é preciso ter em mente que a responsabilidade civil é remédio de caráter geral, não havendo nenhuma imunidade ao dever de reparar o dano causado em relações de família; b) em se tratando de hipótese de responsabilidade civil, faz-se imprescindível, contudo, a configuração de nexo de causalidade e dano, o que recomenda um exame por vezes interdisciplinar, tendo em vista que se trata da própria formação da personalidade da vítima; c) o nome “abandono afetivo” é enganoso, na medida em que não se trata de examinar a questão afetiva, mas a questão do cumprimento dos deveres impostos pelo ordenamento aos pais; d) também não se trata necessariamente de um abandono, pois, em teoria, o dever de reparar os danos não ocorre apenas na hipótese de total e continuado descumprimentos dos deveres, mas também diante do descumprimento parcial e episódico”; e) “não se deve dar azo aqui a pretensões punitivas, que não integram a função da responsabilidade civil.

Em relação ao standard “b” mencionado por Schreiber, nota-se uma grande confusão no Superior Tribunal de Justiça, pois, embora a sua Terceira Turma, na esteira do precedente anteriormente mencionado, entenda cabível o dano moral por abandono afetivo, a 4ª Turma STJ, no REsp 757.411/MG, inadmitiu o dano moral afetivo.

Com efeito, o fundamento da negativa se escorou na inexigibilidade jurídica do afeto, o qual deveria ser necessariamente espontâneo. Trilhando essas pegadas, não seria admissível dano moral afetivo porque não haveria exigibilidade do amor. Deveria, então ser resguardado um espaço de liberdade nas famílias, não podendo o Estado se imiscuir na autonomia da pessoa de forma a obrigá-la a amar a alguém. O precedente mais recente do STJ nesse sentido restou assim ementado:

[...]2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, §3º, V). 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma. [...]16

¹⁵SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p.871.

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.579.021/RS*. Relatora: Ministra Isabel Gallotti. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1579021&tipo_visualizacao=RSUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 out. 2018.



Analisando em particular ambos os julgados susomencionados, apesar de estranho, é possível verificar que não existe divergência real entre a Terceira e a Quarta Turma do STJ. Ambas discutem o dano afetivo a partir de perspectivas diferentes. Com efeito, a confusão ocorre exatamente pela impropriedade da nomenclatura “abandono afetivo”, a qual não representa o verdadeiro dever, que uma vez violado, pode, em conjunto com a violação da personalidade, vir a caracterizar dano moral. O dever é relativo ao cuidado e não ao afeto.

Portanto, embora a nomenclatura seja equivocada, é preciso que fique claro que o dano moral por abandono afetivo decorre de uma violação da dignidade humana nascida a partir da violação do dever de guarda e educação impostos pelo poder familiar. A condenação pelo ato ilícito depende da demonstração do atingimento de um direito da personalidade da vítima do abandono, sendo um absoluto contrassenso que se diga, como o fez a Terceira Turma, que o dano nessa hipótese é *in re ipsa*, como se nascesse da pura simples violação de um dever familiar.

Como bem observa Anderson Schreiber¹⁷:

Na teoria do dano *in re ipsa*, parece, contudo, residir um grave erro de perspectiva, ligado à configuração do dano moral com base na dor, sofrimento e humilhação (...). A prova da dor deve, por óbvio, ser dispensada, mas isso não dispensa a prova do dano moral em si, isto é, da lesão a um interesse jurídico atinente à personalidade humana. Quem alega o dano moral deve demonstrar a ocorrência da lesão, tal como ocorre no dano patrimonial.

Assim, embora a violação do dever de cuidado encerre um ato ilícito, fato é que deve ser demonstrada a violação de um direito da personalidade pelo autor da ação.

Ademais, é preocupante o parâmetro “d” mencionado na passagem acima por Schreiber. Ora, é difícil visualizar uma hipótese em que um descumprimento episódico e parcial possa afetar a dignidade no tocante ao dano afetivo. Faltar a uma apresentação na escola, por exemplo, seria um dano indenizável? Não parece ser o caso, sob pena de banalizar o instituto.

¹⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 871.



2. O SURGIMENTO DO DANO MORAL POR ABANDONO MATERIAL E SUA DELIMITAÇÃO FRENTE ÀS OBRIGAÇÕES ALIMENTARES

A importância da questão decorre do fato de que, recentemente, o STJ decidiu de forma pioneira que se admite a ocorrência de dano moral por abandono material. Inclusive a doutrina parece ter sido pega de surpresa, pois os manuais em geral não comentavam a possibilidade de dano moral a partir do abandono material. Na ocasião enfrentada pelo STJ, o pai deixava de prestar assistência material ao seu filho voluntariamente, o que afetava a integridade física, moral, intelectual e psicológica criança, em prejuízo ao desenvolvimento sadio de sua personalidade. O acórdão, no caso, deixou claro, a título *obiter dictum*, que divergia do entendimento adotado pela 3.^a Turma, quando considerou que era admissível o dano moral por abandono afetivo, na medida em que a hipótese em comento versava somente sobre a ausência reiterada de prestação da assistência material, o que gerou abalos aos direitos da personalidade do filho.

Nesse sentido, confira-se:

A omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material do filho gera danos morais, passíveis de compensação pecuniária. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a condenação em danos morais do pai que deixa de prestar assistência material ao filho. [...] Com efeito, o descumprimento voluntário do dever de prestar assistência material, direito fundamental da criança e do adolescente, afeta a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho, em prejuízo do desenvolvimento sadio de sua personalidade e atenta contra a sua dignidade, configurando ilícito civil e, portanto, os danos morais e materiais causados são passíveis de compensação pecuniária. [...] ¹⁸

Veja-se, portanto, que o dano moral por abandono material possui uma relativa independência em relação à obrigação alimentar.

Em primeiro lugar, da *ratio decidendi* ora exposta, conclui-se que o pagamento a destempo da obrigação alimentícia pode gerar dano moral, o que revela que mesmo sendo purgada a mora e adimplida a obrigação, isso não exclui a possibilidade de reclamar a compensação pelo dano extrapatrimonial experimentado, o que aliás, já é a regra no direito das obrigações.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 1.087.561-RS*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1087561&opedor=e&tipo_visu_alizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 07 out. 2018.



Em segundo lugar, é evidente que a obrigação alimentar não possui natureza compensatória, e sim de valor necessário à promoção da dignidade humana. A compensação pelo dano moral, por outro lado, é um reflexo do descumprimento do dever de sustento (artigo 229 da CRFB/88¹⁹, artigo 22 do ECA²⁰ e artigo 1566, inciso IV CC/02²¹), o qual pode acarretar, a depender do caso concreto, violação aos direitos da personalidade do alimentado.

Em terceiro lugar, a pretensão aos alimentos é imprescritível (salvo a executória, na forma do art. 206, parágrafo segundo, do CC/02²²) enquanto a perda da eficácia da pretensão à compensação por dano moral na hipótese se submete ao prazo prescricional de 3 anos, contados do atingimento da maioridade, de acordo com o art. 206, parágrafo terceiro, inciso V combinado com o art. 197, II, todos do CC/02²³).

Por outro lado, é importante destacar que o dano moral decorrente do abandono material não é absolutamente independente da obrigação alimentar, porquanto, se esta não existe (o que não se confunde com a pretensão, a toda evidência), fica prejudicado o pleito indenizatório, uma vez que ambos possuem origem comum no dever de sustento.

Destarte, é cabível a indenização por dano moral decorrente de abandono material quando a omissão do alimentante for voluntária e injustificada, e essa omissão acarrete uma lesão a um interesse extrapatrimonial da vítima merecedor de tutela à luz da dignidade humana. Tal obrigação de indenizar de forma indene de dúvidas, a despeito do que possa parecer ao leigo, não possui relação absolutamente necessária com o exercício da pretensão decorrente dos alimentos.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 8.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 2.

²² BRASIL, op. cit., nota 2.

²³ Ibid.



3. AS DIFERENÇAS ENTRE O DANO MORAL POR ABANDONO MATERIAL E O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO.

Consoante retromencionado, o dano moral por abandono afetivo nasce de um ato ilícito relacionado à violação de um dever de cuidado, enquanto o dano moral por abandono afetivo ocorre em decorrência de uma violação ao dever de sustento.

É preciso que fique bem clara a diferença entre esses deveres familiares, embora se situem no plano infraconstitucional praticamente nos mesmos dispositivos legais, nos artigos 1566, inciso IV do CC/02²⁴ e 22 do ECA²⁵. É necessário transcrevê-los para que isso fique claro:

Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges:

[...]

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Veja-se que o ECA²⁶ contém uma inconsistência quando afirma que aos pais incumbe “o dever”, o que poderia sugerir dano moral decorrente de abandono afetivo e dano moral decorrente de abandono material poderiam ser institutos intercambiáveis.

É o que parece ter acontecido com Anderson Schreiber²⁷ ao expor as formas de verificação do abandono afetivo:

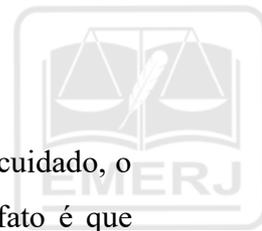
[...] cumpre ao juiz analisar se houve ou não violação do dever legal, tomando em consideração fatos tão objetivos quanto possível, como a participação do pai no processo educacional (escolha da escola, reuniões com professores, etc.) frequência das visitas ao filho, pontual pagamento de pensão alimentícia, atividades conjuntas de lazer e assim por diante. O juiz, em sua avaliação, determinará objetivamente se houve ou não violação dos deveres do pai – sem adentrar, ainda, o exame de culpabilidade, que se refere às razões desta violação e sua escusabilidade nas circunstâncias concretas, como poderia ocorrer, por exemplo, em caso de prisão do pai, de desconhecimento da existência do filho, de perda não intencional de contato com a mãe que detém a guarda da criança, e de outros fatores não incomuns nos dramas familiares.

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁶ Ibid.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 183.



Se a passagem destacada não é feliz quando mistura os deveres de sustento e cuidado, o que seguramente ocorreu em razão da confusão causada pelo artigo 22 do ECA²⁸, fato é que Schreiber chama a atenção na passagem transcrita para excludentes do nexo de causalidade. Entre elas é possível identificar a hipótese de alienação parental, definida pelo autor em síntese lapidar em outro trabalho como “o outro lado da moeda em comparação ao abandono afetivo. Aqui, o genitor não abandona o filho, mas é o filho que passa a ser indiferente ao genitor em virtude da ação deliberadamente excludente do outro genitor”²⁹.

Ora, se é verdade que a alienação parental exclui o nexo de causalidade entre a omissão culposa ou dolosa do genitor e o dano causado à prole pelo não exercício do dever de cuidado, o mesmo não se pode dizer em relação ao dever de sustento, o que, decerto, inclusive reforça a distinção.

A programação da criança ou adolescente por um genitor para que ela, artificial e desmotivadamente, venha a repelir o outro, não acarreta obstáculo algum à contribuição compulsória para a assistência material do filho, muito embora impeça o convívio.

Ainda que o alimentado em razão da alienação parental e o outro genitor rejeitem aos alimentos, o alimentante deve atuar com base no art. 24 da Lei 5.478/1968³⁰, uma vez possui a faculdade de ajuizar a ação de oferta de alimentos. Na esteira de Rolf Madaleno:

“estrategicamente, a oferta de alimentos pode ser uma opção para evitar qualquer alegação de abandono material em razão da mera separação fática do casal e dos filhos comuns, ou para não ser surpreendido com uma cobrança de soma alimentar elevada e abusiva, evitando os riscos de precisar provar o abuso do valor alimentar reclamado e sua redução incidental”³¹

Não se confundem, portanto, dano moral afetivo e dano moral decorrente de abandono material, porquanto admitem excludentes diferentes e porque se baseiam em violações de deveres que não necessariamente estão interligados no caso concreto. Por exemplo, embora incomum, o pai pode ser presente e não arcar, de forma voluntária e injustificada com os alimentos, podendo gerar dano moral por abandono material, bem como pode adimplir regularmente as obrigações alimentícias e não cuidar da prole, gerando eventualmente dano moral afetivo.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁹ SCHREIBER, op. cit., p.871.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 5.478*, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

³¹ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.1.063.



CONCLUSÃO

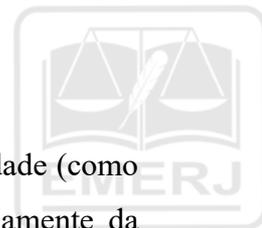
A família eudemonista irradiou seus efeitos para o âmbito da responsabilidade civil. A discussão no tocante a ocorrência de novos danos é um consectário desse feixe de transformações axiológicas.

O dano moral, entendido como violação dos direitos da personalidade da pessoa humana, encontra sua cláusula geral na dignidade, epicentro do sistema civil-constitucional. Para que haja compensação monetária por abandono afetivo ou material, é preciso que fique demonstrada a violação da dignidade, não bastando a violação de um dever familiar de forma automática. Esse sentido de dano *in re ipsa* é um equívoco, e pode banalizar os institutos com base em descumprimentos meramente episódicos dos deveres de cuidado e sustento. Não se pode admitir isso. A ideia adequada de dano *in re ipsa* busca apenas afastar a necessidade de comprovação da consequência do dano, muitas vezes ligada a questões subjetivas, como dor, sofrimento, angústia... Todavia, elementos objetivos devem ser demonstrados pelo postulante à compensação.

Além disso, restou demonstrado que é possível que o genitor seja condenado a compensar dano moral em decorrência do abandono material e não tenha que pagar alimentos, que seja condenado nos dois, ou que tenha que pagar alimentos sem que haja abandono material. São obrigações relativamente independentes, relacionando-se entre si apenas pela ancestralidade comum no dever de sustento.

Ademais, não se confunde dano moral por abandono afetivo com dano moral decorrente de abandono material, tratando-se de demandas que podem, inclusive, ser cumuladas na maioria das hipóteses. Não pode o dano moral por abandono material, instituto alvissareiro e pioneiro, ser relegado, como parece ter sido pela Quarta Turma do STJ, a um sucedâneo de quem não admite conceitualmente a figura do dano moral por abandono afetivo, o que em si mesmo já parece equivocadamente diante das críticas infundadas ao julgado da Terceira Turma, ligadas em verdade ao nome do instituto, consoante se demonstrou.

Tais conclusões não podem cegar a ponto de fazer com que o intérprete pense que a solução ideal para esse tipo de conflito é a compensação pecuniária. No direito brasileiro, despatrimonializou-se o dano, mas não a reparação. Sobretudo nas relações familiares, com a finalidade restaurativa dos laços, deve-se tentar sempre em primeiro lugar a mediação. Caso não



seja possível, a preferência passará a ser da tutela específica dos direitos da personalidade (como a imposição de visitas, por exemplo, no caso do dano moral afetivo) e, subsidiariamente da compensação não pecuniária dos danos. Somente após vencido todo esse caminho, passar-se-ia à fronteira final da compensação pecuniária, verdadeira *ultima ratio* da nova responsabilidade civil, mormente na singular relação das famílias.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/L1040-6.htm>>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

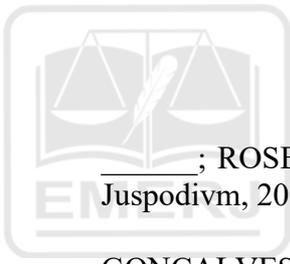
_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n.º 1.087.561-RS*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1087561&opedor=e&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n.º 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1159242&opedor=e&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n.º 1.579.021/RS*. Relatora: Ministra Isabel Gallotti. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1579021&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Desamor tem preço?* Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2018/04/25/desamor-tem-preco/>. Acesso em 01 mai. 2018.



_____; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil - Direito das Famílias*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

IBDFAM. Enunciados 08 e 10. Disponíveis em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em: 10 set. 2018.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REFLEXÃO SOBRE O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À NATUREZA DE BEM PÚBLICO DOS IMÓVEIS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL VINCULADOS AO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO

José Francisco Buscacio Maron

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Pós graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A possibilidade de usucapião dos imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação é tema controvertido. Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça pela sua impossibilidade, em razão da natureza de bens públicos desses bens, ainda que pertencente à Caixa Econômica Federal, pessoa jurídica de direito privado, trouxeram novos contornos ao debate. Ocorre que a extensão das características dos bens públicos às pessoas jurídicas de direito privado deve observar o princípio da isonomia. O presente trabalho analisa a equiparação feita pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça à luz do princípio da isonomia, bem como a possibilidade de usucapião dos bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação.

Palavras-chave – Direito Civil. Bens públicos. Usucapião. Imóveis. Sistema Financeiro de Habitação.

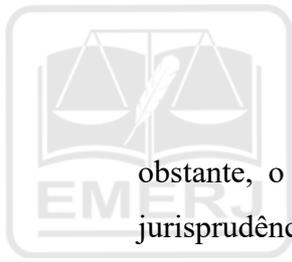
Sumário – Introdução. 1. Natureza jurídica controvertida dos bens das Estatais. 2. A quebra da isonomia com relação às outras instituições financeiras que operam linhas de crédito imobiliário. 3. A (Im)Possibilidade de usucapião dos imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho insere-se na temática da natureza jurídica dos imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação e a sua possibilidade de usucapião. Procura-se demonstrar que a controvérsia não cessou com as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, que com o intuito de pôr termo nas discussões, acabaram por criar outros questionamentos para a debate jurídico.

Todos os dias novos temas sobre posse, propriedade e a usucapião chegam aos tribunais, mas nem sempre as soluções se mostram as mais adequadas à luz do ordenamento jurídico. Além disso, tratam-se de questões que invariavelmente possuem grande conotação social em decorrência do déficit de moradia existente no país.

No que concerne ao Sistema Financeiro de Habitação, a Corte Superior, com o intuito de dar fim à controvérsia jurídica, decidiu que bens vinculados a este Sistema possuiriam natureza jurídica de bens públicos, não sendo passíveis de usucapião. Não



obstante, o debate jurídico ainda subsiste estando longe de se chegar a um consenso na jurisprudência sobre uma questão tão delicada e de profundos impactos sociais.

Inicia-se o primeiro capítulo questionando até que ponto se pode dizer que os bens das Estatais, pessoas jurídicas de direito privado, podem ser submetidos ao regime jurídico dos bens públicos. No caso, nos termos das normas constitucionais e infraconstitucionais, os bens pertencentes as Estatais devem se submeter ao regime jurídico dos bens privados.

Segue-se com a abordagem para sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que aplicar o regime jurídico dos bens públicos aos imóveis da Caixa Econômica Federal vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação configura uma quebra de isonomia com relação às outras instituições financeiras que também operam linhas de crédito imobiliário.

O terceiro capítulo trata da possibilidade de usucapião de imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, ainda que estejam vinculados a uma prestação de serviço público. Procura-se apresentar os contornos jurídicos do instituto da usucapião, bem como a possibilidade de aplicação das normas do Código Civil ao regramento do Sistema Financeiro de Habitação.

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. NATUREZA JURÍDICA CONTROVERTIDA DOS BENS DAS ESTATAIS

Tradicionalmente, o Código Civil define bens públicos como aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, nos termos do seu artigo 98¹. Trata-se de um conceito subjetivo de bem público, acolhido por boa parte da doutrina administrativista brasileira, que se atribui a natureza de bem público conforme a sua titularidade².

¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 494-496.



Não obstante, a despeito do disposto expressamente pelo Código Civil, parte da doutrina, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello³, defende a extensão do conceito de bem público a partir de uma análise funcionalista do instituto. Nesse sentido, bens particulares quando afetados a uma atividade pública - e enquanto assim estiverem – devem se submeter ao mesmo regime jurídico dos bens públicos. A razão desse entendimento reside no fato de que todos os bens sujeitos ao mesmo regime público devem por ele ser regidos, independentemente da sua titularidade.

A controvérsia não se mostra despida de relevância prática. Na verdade, a adoção de um conceito mais restrito ou mais ampliativo possui consequências drásticas com relação aos entes que integram a Administração Pública Indireta e possuem natureza de pessoa jurídica de direito privado. Nesse contexto, as estatais - empresas públicas ou sociedades de economia mista – são pessoas jurídicas de direito privado que podem ter bens afetados à prestação de um serviço público.

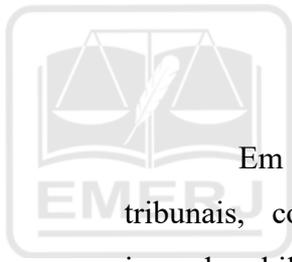
É cediço que as estatais podem ter como finalidade tanto a prestação de um serviço público quanto o exercício de uma atividade econômica. Em qualquer dos casos, haverá, em maior ou menor medida, derrogações de direito público ao seu regime jurídico direito privado. Embora a própria Constituição da República⁴, em seu artigo 173, §1º, inciso II, imponha a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, o próprio texto constitucional em outras passagens traz essas derrogações. Cita-se a título exemplificativo a necessidade de autorização para a criação das estatais e a necessidade de realização de concurso público para a contratação de pessoal.

Ademais, Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁵ destaca quatro características peculiares aos bens públicos, a saber: impenhorabilidade; alienabilidade condicionada; não onerabilidade; e a imprescritibilidade. Não se trata de um regime jurídico uniforme aos bens públicos, mas essas são as características comumente encontradas nas legislações esparsas que tratam sobre o tema. Analisar-se-á cada uma dessas características à luz do regime jurídico das estatais.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 938-939.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 646-651.



Em primeiro lugar, no que concerne à impenhorabilidade, a jurisprudência dos tribunais, com base em precedente do Supremo Tribunal Federal,⁶ reconheceu a impenhorabilidade dos bens de sociedade estatal prestadora de serviço público enquanto afetados à prestação do serviço público. Trata-se de uma aplicação da continuidade do serviço público, até porque eventual débito estaria sempre garantido subsidiariamente pelo Ente titular da sociedade estatal.

Em segundo lugar, sobre a característica da alienabilidade condicionada, a Lei nº 13.303/2016, em seu artigo 49⁷, caput e incisos, estabelece os requisitos para a alienação de bens, a saber: avaliação formal prévia do bem e licitação. Impende frisar que essas normas específicas aplicam-se indistintamente tanto às estatais prestadoras de serviço quanto as que exercem atividade econômica em sentido estrito.

Em terceiro lugar, no que toca a não onerabilidade, assim como a característica anterior, o artigo 50⁸, da Lei nº 13.303/2016, determina a aplicação dos mesmos requisitos para a possibilidade de alienação de tais bens. A lógica é simples: se é possível alienar, igualmente deve ser aceito a possibilidade de gravar o bem com um ônus real.

Em quarto e último lugar, a característica da imprescritibilidade diz respeito a possibilidade de usucapião do bem. Em realidade a expressão se apegua a distinção civilista tradicional de prescrição extintiva e prescrição aquisitiva, esta referente à usucapião. Não há qualquer disposição legal que vede a usucapião dos bens das estatais. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados rechaçou essa extensão aos bens das estatais, ainda que estivessem teoricamente afetados a prestação de um serviço público.⁹ A razão desse entendimento reside justamente no fato de que a usucapião exige a posse do usucapiente por um longo período de tempo, algo incompatível com a afetação de um bem à prestação de um serviço público.

Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp. nº 1.448.026-PE¹⁰, entendeu que imóvel da Caixa Econômica Federal vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, por ser afetado à prestação do serviço público, deveria ser tratado como bem público, fato que o tornaria imprescritível. É o que se extrai da ementa do julgado:

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 220.906-DF*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁷ BRASIL. *Estatuto das Estatais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

⁸ Ibid.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 37906-ES*. Relator: Ministro Barros Monteiro; *REsp. nº 647357-MG*. Relator: Ministro Castro Filho; Disponível em: <http://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.448.026-PE*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.



[...] A Caixa Econômica Federal integra o Sistema Financeiro de Habitação, que, por sua vez, compõe a política nacional de habitação e planejamento territorial do governo federal e visa a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população, de modo a concretizar o direito fundamental à moradia. (...) O imóvel da Caixa Econômica Federal vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, porque afetado à prestação de serviço público, deve ser tratado como bem público, sendo, pois, imprescritível. [...]

O entendimento foi repetido em julgamento da mesma turma em 2018, no REsp. nº 1.631.446 - AL¹¹. Neste caso, o conjunto habitacional em que se residia os demandantes teve sua construção financiada pela Caixa Econômica Federal em 1989 por meio do Sistema Financeiro de Habitação. No entanto, a construtora não conseguiu alienar todos os apartamentos, fato que ensejou a ocupação das unidades por famílias de baixa renda, a partir do ano de 1997. Mais especificamente, os demandantes ocupavam o imóvel desde 2001 e argumentaram a ocupação legítima em razão do estado de abandono do bem¹².

A partir de ambos os precedentes impende analisar a premissa adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a atuação da Caixa Econômica Federal como entidade prestadora de Serviço Público. Afirma a relatora Ministra Nancy Andrighi:

Ao atuar como agente financeiro dos programas oficiais de habitação e órgão de execução da política habitacional, a Caixa, embora possua personalidade jurídica de direito privado, explora serviço público regulamentado por normas especiais previstas na Lei 4.380/64¹³

Além disso, por uma interpretação literal do artigo 2º, alínea “c”, do Decreto-Lei nº 759/69, que autorizou a criação da Caixa Econômica Federal, a Superior Tribunal de Justiça entendeu que a qualificação como principal órgão de execução da política habitacional seria uma verdadeira prestação de um serviço público, de relevante função social¹⁴. Nota-se, portanto, que a Caixa Econômica Federal exerce dupla função: estatal que exerce atividade econômica como instituição financeira; bem como prestadora de serviço público, na qualidade de principal órgão do Sistema Financeiro de Habitação.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.631.446-AL*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹² NOTÍCIA STJ. *Imóvel abandonado vinculado ao SFH é bem público e não pode ser objeto de usucapião*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Im%C3%B3vel-abandonado-vinculado-ao-SFH-%C3%A9-bem-p%C3%BAblico-e-n%C3%A3o-pode-ser-objeto-de-usucapi%C3%A3o>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.631.446-AL*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.448.026-PE*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.



Dessa forma, embora a Caixa Econômica Federal seja uma pessoa jurídica de direito privado, a sua vertente como prestadora de serviço público perante o Sistema Financeiro de Habitação torna possível a existência de derrogações legais e jurisprudenciais inerentes ao regime jurídico de direito público. Todavia, essas derrogações não implicam, necessariamente, na adoção de todas as características dos bens públicos, como, a impossibilidade de usucapião.

2. A QUEBRA DA ISONOMIA COM RELAÇÃO ÀS OUTRAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS QUE OPERAM LINHAS DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO

Historicamente, o Sistema Financeiro de Habitação foi criado por meio de Lei nº 4.830/64, concebido como uma política pública habitacional do Governo Federal com o intuito de desenvolver um sistema de financiamento de habitação autossustentável¹⁵. Naquela oportunidade, foi criado o Banco Nacional de Habitação, inicialmente criado como uma autarquia federal e posteriormente transformado em empresa pública federal, que tinha como finalidade institucional ser o principal agente do Sistema Financeiro de Habitação¹⁶. Em 1986, o Banco Nacional de Habitação foi extinto, passando a Caixa Econômica Federal a sucedê-lo em direitos e obrigações.

Ocorre que não é só a Caixa Econômica Federal que atua no setor de crédito imobiliário. O financiamento imobiliário não é um monopólio público, que excluiria a atuação de outros agentes econômicos no mercado. Aliás, ao longo das décadas que sucederam a criação do Sistema Financeiro de Habitação, as demais instituições financeiras passaram a fornecer linhas de crédito imobiliária especiais para a aquisição da casa própria, especialmente a partir da criação do Sistema Financeiro Imobiliário, em 1997, que passou a conviver paralelamente com o Sistema Financeiro de Habitação. Nesse sentido, nos termos do artigo 2º, Lei nº 9.514/97¹⁷, as instituições financeiras podem operar no Sistema Financeiro

¹⁵ PONTES, Ted Luiz Rocha. *Métodos de captação de recursos para o financiamento imobiliário: estudo comparativo entre o sistema financeiro da habitação e o sistema de financiamento imobiliário*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2015. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=96900#>>. Acesso em: 10 set. 2018. p. 26-29.

¹⁶ GOMES, Aline Viotto. *Direito e financiamento: as transformações regulatórias na passagem do sistema financeiro da habitação para o sistema de financiamento imobiliário*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-15092016-152957/pt-br.php>>. Acesso em: 10 set. 2018. p. 44-47.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.



Imobiliário, sem a exclusão de outras entidades autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional. Assim, é necessário analisar também a constitucionalidade do tratamento mais benéfico à Caixa Econômica Federal com relação às demais instituições financeiras atuantes no mercado.

O fundamento da isonomia entre a Caixa Econômica Federal perante outras instituições financeiras possui base constitucional, vez que o artigo 173, § 2º da Constituição da República¹⁸ veda o tratamento privilegiado às estatais, quando os mesmos não forem passados ao setor privado. A partir disso, e em consonância com o artigo 18, § 1º, da Lei nº 4.595/65¹⁹, que regula o Sistema Financeiro Nacional, a Caixa Econômica Federal deve receber tratamento uniforme com relação a todos os integrantes do conceito de instituição financeira.

Determinado que há um dever de observar o princípio da isonomia, deve-se analisar o tratamento benéfico da decisão do Superior Tribunal de Justiça com relação as outras instituições atuantes no mercado imobiliário. Nesse sentido, Humberto Ávila²⁰ destaca que a ideia de igualdade implica generalidade e abstração, de modo que não há igualdade sem normas que se dirijam a um número indeterminado de pessoas e a um número indeterminado de situações. Diante de circunstâncias diferenciadoras, aferição da igualdade, assim, dependeria da existência de um critério diferenciador e um fim a ser atingido²¹.

Constata-se, então, que o princípio da isonomia é um princípio vazio, isto é, não possui conteúdo próprio, mas abarca nele outros valores, tais como a justiça, a utilidade e a liberdade²². Dessa forma, ao se falar em isonomia, ou a sua falta, é mister que se faça uma análise com outras regras e princípios.

Ademais, impende identificar os elementos essenciais propostos por Humberto Ávila²³ para a aferição da isonomia, ou melhor, da possibilidade de uma diferenciação constitucionalmente isonômica. Em primeiro lugar, deve haver uma diferenciação factual existente entre os sujeitos envolvidos. Em segundo lugar, a diferenciação factual deve ser suportada por uma finalidade constitucional. Em terceiro lugar, o Poder Público deve ter uma

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 4.595*, de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁰ ÁVILA, Humberto. O Princípio da Isonomia em Matéria Tributária. In: TÔRRES, Heleno Tavares (coord.). *Tratado de Direito Constitucional Tributário: Estudos em Homenagem a Paulo de Barros de Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 409-410.

²¹ *Ibid.*, p. 409-410.

²² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 78.

²³ ÁVILA, op. cit., p. 413-414.



justificação razoável ou proporcional para a distinção. Por fim, em quarto lugar, o critério distintivo não deve ser constitucionalmente vedado. A partir dos critérios propostos analisar-se-á o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, pode-se observar as duas situações fáticas diferenciadoras. De um lado há a Caixa Econômica Federal, que possuiria bens públicos em razão da afetação de seus imóveis a prestação de um serviço público, qual seja, o Sistema Financeiro de Habitação. De outro lado, há as demais instituições financeiras que também possuem linhas de crédito imobiliárias, nos quais os bens imóveis vinculados a tal atividade são considerados bens privados, tais como quaisquer outros.

Como já referenciado, a Caixa Econômica Federal exerce uma dupla função, instituição financeira e órgão de execução da política habitacional, fato que faz surgir a diferenciação factual. Explica-se. Diferentemente das linhas de crédito fornecidas por outras instituições financeiras, os recursos fornecidos no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação advêm do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), da captação de recursos da caderneta de poupança, bem como título de crédito como as letras imobiliárias²⁴.

No que concerne a finalidade constitucional tutelada pelo Sistema Financeiro de Habitação, verifica-se que o seu objetivo é concretizar o direito fundamental à moradia²⁵, positivado no artigo 6º, caput, da Constituição da República²⁶. Contudo, tanto a doutrina, capitaneada por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco²⁷, quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁸ afirmam categoricamente que os direitos fundamentais não devem ser observados e concretizados apenas pelo Poder Público, mas também pelo particular. Trata-se da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a existência de linhas de créditos especiais por parte das demais instituições financeiras concretizam igualmente o direito constitucional à moradia. Aliás, constituem mais uma via para o particular poder avaliar as suas opções existentes no mercado.

²⁴ REYNOLDS, Clark W.; CARPENTER, Robert T. Financiamento à habitação e distribuição de riqueza no Brasil. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 17, n. 5, p. 43-61, Oct. 1977. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901977000500002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁵ PONTES, op. cit., p. 10.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 203-209.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4815/DF*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ*. Relatora: Ministra Ellen Gracie, relatório para acórdão Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.



Além disso, no que concerne à justificação razoável, tal requisito deve ser analisado à luz dos requisitos existentes do princípio da proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito²⁹. Nesse âmbito, a diferenciação em favor do Sistema Financeiro de Habitação, ao tempo de sua criação possuía uma justificativa, vez que inexistiam outros meios para se concretizar o direito à moradia. Ocorre que é possível identificar desde a década de 90 a existência de meios alternativos para a consecução de linhas especiais de crédito imobiliárias. Havendo diversos instrumentos jurídicos de fomento público a tais atividades, em especial com a criação do Sistema de Financiamento Imobiliário, que tem por finalidade “promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos” (art. 1º, Lei nº 9.514/97)³⁰. Por tais razões, é possível concluir que há justificativa razoável que existia para a subsistência de uma diferenciação para com outras instituições financeiras se perdeu ao longo das décadas.

Por fim, quanto ao último critério, é possível identificar uma vedação constitucional para o critério distintivo realizado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do já citado artigo 173, § 2º da Constituição da República³¹, que veda o tratamento privilegiado às estatais, quando os mesmos não forem passados ao setor privado.

Pelo exposto, a conclusão que resta, a partir da análise dos critérios propostos, é que houve uma quebra da isonomia constitucional com a criação de um tratamento diferenciado em favor da Caixa Econômica Federal, pois (i) o direito à moradia não é concretizado apenas pelo Estado; (ii) inexistindo uma justificativa razoável para diferenciação; (iii) e há expressa vedação constitucional.

Dessa forma, não se pode qualificar os imóveis vinculados à Caixa Econômica Federal como bens públicos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Por consequência, a possibilidade de usucapião de dos imóveis vinculados aos financiamentos imobiliários deve ser analisada à luz das regras do Código Civil, igualmente aplicáveis aos demais entes privados.

²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205-206.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 17.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 4.



3. A (IM)POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DOS BENS VINCULADOS AO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO

Inicialmente, impende traçar linhas gerais sobre o instituto da usucapião, para, então relacioná-lo aos bens imóveis vinculados aos Sistema Financeiro de Habitação. Caio Mário da Silva Pereira³² sintetiza o instituto como “a aquisição do domínio pela posse prolongada”. A partir disso, verifica-se que a usucapião possui dois elementos nucleares, quais sejam: posse e tempo.

O fundamento da usucapião, à luz do direito contemporâneo, decorre da noção de função social da propriedade³³. Nesse sentido, ressalta-se que a função social da propriedade constitui um elemento interno do direito de propriedade, que o condiciona a um máximo social, devendo ser analisada como uma garantia de acesso a bens fundamentais³⁴.

Nesse contexto, a Constituição da República com o objetivo de dar concretude a uma vaga noção de função social elencada no artigo 5º, inciso XIII³⁵, procurou delimitar o conteúdo mínimo do exercício da funcional da propriedade. Em primeiro lugar, no artigo 182, §2º³⁶, determinou-se que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Em segundo lugar, no artigo 186³⁷, indicou expressamente os requisitos para o atendimento da função social da propriedade rural, como a exigência de aproveitamento radical e adequado.

Ademais, não é só o direito de propriedade que é funcionalizado, o instituto da posse, entendida como a apropriação econômica do bem³⁸, quando cumpridora de sua função social goza de autonomia em relação ao direito de propriedade, fato que a faz com que aquela prevaleça em face desta³⁹. Para tanto, a posse deverá observar valores constitucionalmente tutelados, concretizando direitos fundamentais da pessoa humana, tais como a moradia, o trabalho, e a proteção da família⁴⁰.

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 138.

³³ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018. p. 723.

³⁴ *Ibid.* p.723-724.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ MOTA, Mauricio; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A Função Social da Posse no Código Civil. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, vol.05/2013, n. 1, p. 249-326, jan. 2013. p. 258. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/715>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³⁹ SCHREIBER, op. cit., p. 692.

⁴⁰ BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p 453-454.



Dessa forma, sendo a posse um dos requisitos para a aquisição da propriedade pela usucapião, é imprescindível verificar em quais situações há a posse qualificada para usucapião. A razão disso decorre do ordenamento jurídico pátrio que exige um elemento psíquico, qual seja, a intenção de dono, para que se possa falar em posse para usucapir, daí posse *ad usucapionem*⁴¹. O fundamento legal para tal conclusão advém da expressão “possuir como seu” positivada no artigo 1.238, do Código Civil⁴².

Por consequência, os atos de mera detenção, por serem desqualificados pela Lei a não constituírem posse, não podem ensejar o preenchimento do requisito para a usucapião⁴³. Nesse contexto, o artigo 1.208, do Código Civil⁴⁴, esclarece que são hipóteses de mera detenção a apreensão do bem em situação de clandestinidade e precariedade, enquanto não cessarem. Deve-se interpretá-las com o objetivo de abranger toda e qualquer hipótese ausência de publicidade do ato ou abuso de confiança praticada pelo detentor⁴⁵.

Além disso, no que toca as hipóteses de bens adquiridos por meio de contratos de alienação fiduciária, há posicionamento do Superior Tribunal de Justiça consagrando no REsp. nº 881.270-RS⁴⁶, rejeitando a possibilidade de usucapião. A *ratio* do entendimento decorre do fato de que a transferência do bem objeto do contrato a terceiro, sem a anuência do credor, constitui ato de clandestinidade, incapaz de induzir em posse. É o que se extrai da ementa do julgado:

[...] A transferência a terceiro de veículo gravado como propriedade fiduciária, à revelia do proprietário (credor), constitui ato de clandestinidade, incapaz de induzir posse (art. 1.208 do Código Civil de 2002), sendo por isso mesmo impossível a aquisição do bem por usucapião. (...) De fato, em contratos com alienação fiduciária em garantia, sendo o desdobramento da posse e a possibilidade de busca e apreensão do bem inerentes ao próprio contrato, conclui-se que a transferência da posse direta a terceiros porque modifica a essência do contrato, bem como a garantia do credor fiduciário deve ser precedida de autorização. [...]

Na oportunidade, o Ministro-Relator Luís Felipe Salomão destacou que nos contratos de alienação fiduciária ocorre o desdobramento da posse, fato que torna o devedor possuidor direto do bem, enquanto o credor – o titular da propriedade fiduciária resolúvel - seria o possuidor indireto. Ressaltou-se, também, que a expressão *fidúcia* pressupõe confiança e

⁴¹ PEREIRA, op. cit., p. 140.

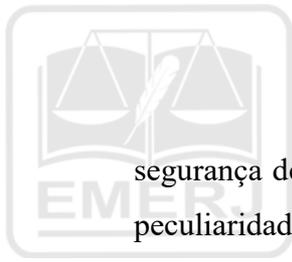
⁴² BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: Reais. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁵ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 107-108.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 881.270-RS*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.



segurança de que o devedor pagará as prestações ou restituirá o bem. Em decorrência dessas peculiaridades da alienação fiduciária que a transferência da posse do devedor a terceiro, sem a anuência do credor, constituiria em ato clandestino, hipótese de mera detenção, incapaz de gerar a aquisição do bem pela usucapião⁴⁷.

Muito embora o precedente citado verse sobre bens móveis, deve-se aplicar o mesmo fundamento de decidir para as hipóteses de imóveis financiados em contratos de alienação fiduciária. A premissa de todas as situações é a existência de um ato de transferência do bem a terceiro.

Todavia, é possível identificar hipóteses em que um terceiro adquirirá a posse do bem objeto de alienação fiduciária sem que haja um ato de transferência do devedor, por exemplo, com o abandono do bem pelo devedor. Nesses casos, a posse será autônoma em relação ao direito de propriedade do credor originário, não havendo que se falar em desdobramento possessório. Por consequência, ainda que a posse seja injusta e eivada de má-fé, se o possuidor, por ter a apreensão econômica da coisa e os proprietários restarem omissos, a sua posse será qualificada como *ad usucapionem*⁴⁸.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao próprio devedor do bem, originalmente possuidor indireto, que modifique a natureza da posse inicialmente adquirida. Nesse sentido, o artigo 1.203, do Código Civil⁴⁹ prevê uma presunção relativa de que a posse manter-se-á com a mesma qualidade de que fora adquirida. Contudo, por meio da chamada interversão da posse, caracterizada pela prática de atos materiais do possuidor direto que demonstrem o querer agir na condição de proprietário, permitem a modificação⁵⁰.

Dessa forma, é possível verificar que há situações fáticas que diferenciam dos fundamentos de decidir do Superior Tribunal de Justiça quanto a impossibilidade de usucapião de bens vinculados a contratos de alienação fiduciária. Pode-se, então, dividir quatro possíveis cenários fáticos: (i) o devedor, possuidor direto do bem, simplesmente deixa de realizar o pagamento do bem objeto de alienação fiduciária; (ii) o devedor transfere o bem a terceiro, sem o consentimento do credor, que deixa de receber as prestações do contrato de alienação fiduciária; (iii) o devedor, após a realização da prática de atos materiais, demonstra o querer agir como proprietário e (iv) um terceiro desvinculado do contrato de alienação fiduciária adquire a posse do bem após o devedor original abandonar a coisa e não adimplir com as prestações contratuais.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ MOTA; TORRES, op. cit., p. 265.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵⁰ MOTA; TORRES, op. cit., p. 259-260.



Das quatro situações fáticas, as duas últimas podem vir a ensejar a aquisição da propriedade do bem pela usucapião. Nas hipóteses, havendo omissão desidiosa por parte do possuidor indireto, o credor proprietário, não haverá razão para privilegiar o proprietário que não cumpre com a função social do bem, daquele que o dá uma destinação econômica e social constitucionalmente tutelada.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que a despeito das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a impossibilidade de usucapião de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, é possível ainda defender a possibilidade de usucapião a depender da circunstância fática subjacente ao caso concreto. O fundamento de que os imóveis estariam vinculados a uma prestação de serviço público os revestiriam da qualidade de bem público, não subsiste diante da quebra do princípio da isonomia em favor da Caixa Econômica Federal.

O Código Civil definiu bens públicos como aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, nos termos do seu artigo 98. Não obstante, destacou-se que a jurisprudência dos tribunais reconheceu a extensão de algumas das características dos bens públicos, como a impenhorabilidade, dos bens públicos às sociedades estatais, pessoas jurídicas de direito privado, quando prestadoras de serviço público e enquanto os bens estivessem afetados à prestação do serviço público.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento, em alguns precedentes, que imóvel da Caixa Econômica Federal vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, por ser afetado à prestação do serviço público, deveria ser tratado como bem público, fato que o tornaria imprescritível. Contudo, os referidos precedentes criaram um tratamento mais benéfico para a Caixa Econômica Federal que, por força de expressa disposição constitucional, deveria receber tratamento uniforme com relação as demais instituições financeiras.

A partir disso, verificou-se que houve uma quebra da isonomia constitucional com a criação de um tratamento diferenciado em favor da Caixa Econômica Federal. A conclusão decorreu da análise dos critérios propostos para a aferição da isonomia. Na hipótese em estudo inexistiu diferenciação factual entre os sujeitos envolvidos, uma vez que a finalidade constitucional, qual seja, o direito à moradia, não era objetivada exclusivamente pela Caixa Econômica Federal. Dessa forma, não houve uma justificativa razoável para a criação da



diferença de tratamento, de modo que a possibilidade de usucapião deve ser aferida sob as mesmas regras aplicáveis às instituições financeiras privadas.

Foi visto que, no que toca as hipóteses de bens adquiridos por meio de contratos de alienação fiduciária, modelo aplicável aos imóveis do Sistema Financeiro de Habitação, a jurisprudência rejeita a possibilidade de usucapião. A razão disso decorre do fato de que a transferência do bem objeto do contrato a terceiro, sem a anuência do credor, constitui ato de clandestinidade, incapaz de induzir em posse.

Todavia, foi possível distinguir hipóteses fáticas em que seria admissível, em duas delas, a usucapião de dos bens submetidos ao contrato de alienação fiduciária: (i) o devedor, possuidor direto do bem, simplesmente deixa de realizar o pagamento do bem objeto de alienação fiduciária; (ii) o devedor transfere o bem a terceiro, sem o consentimento do credor, que deixa de receber as prestações do contrato de alienação fiduciária; (iii) o devedor, após a realização da prática de atos materiais, demonstra o querer agir como proprietário e (iv) um terceiro desvinculado do contrato de alienação fiduciária adquire a posse do bem após o devedor original abandonar a coisa e não adimplir com as prestações contratuais.

O entendimento a que se chegou foi de que as das quatro situações fáticas acima apontadas, as duas últimas podem vir a ensejar a aquisição da propriedade do bem pela usucapião. Assim, conclui-se que não é possível determinar, em um plano meramente abstrato a impossibilidade de usucapião de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, devendo-se auferir cada circunstância de acordo a hipótese concreta.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. O Princípio da Isonomia em Matéria Tributária. In: TÔRRES, Heleno Tavares (coord.). *Tratado de Direito Constitucional Tributário: Estudos em Homenagem a Paulo de Barros de Carvalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: . Acesso em: 20 mar. 2018

_____. *Estatuto das Estatais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Lei nº 4.595*, de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Lei nº 9.514*, de 20 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.448.026-PE*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.631.446-AL*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 37906-ES*. Relator: Ministro Barros Monteiro. Disponível em: <http://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 647357 -MG*. Relator: Ministro Castro Filho. Disponível em: <http://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 881.270-RS*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4815/DF*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 220.906-DF*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ*. Relatora: Ministra Ellen Gracie, relatório para acórdão Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: Reais. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Aline Viotto. *Direito e financiamento*: as transformações regulatórias na passagem do sistema financeiro da habitação para o sistema de financiamento imobiliário. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-15092016-152957/pt-br.php>>. Acesso em: 10 set. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.



MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOTA, Mauricio; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A Função Social da Posse no Código Civil. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, vol.05/2013, n. 1, p. 249-326, jan. 2013. p. 258. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/715>>. Acesso em: 10 set. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PONTES, Ted Luiz Rocha. *Métodos de captação de recursos para o financiamento imobiliário: estudo comparativo entre o sistema financeiro da habitação e o sistema de financiamento imobiliário*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2015. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=96900#>>. Acesso em: 10 set. 2018.

REYNOLDS, Clark W.; CARPENTER, Robert T. Financiamento à habitação e distribuição de riqueza no Brasil. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 17, n. 5, p. 43-61, Oct. 1977. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901977000500002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 set. 2018.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL E O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Juliana Ferreira Santos

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo – a busca pela prova no processo penal é tarefa complexa, que exige estrita observância dos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se encontra o direito a não autoincriminação. Também conhecido pela máxima *nemo tenetur se detegere*, o direito a não autoincriminação consta de tratados internacionais e legislações por todo o mundo. Contudo, sua aplicação ainda é objeto de muita controvérsia, sobretudo no concerne às intervenções corporais. Isso se deve a grande dificuldade que há em se delimitar o âmbito de proteção da norma. No presente trabalho são feitas considerações com relação à origem do *nemo tenetur se detegere* e sua aplicação no direito comparado. Busca-se com isso determinar qual o parâmetro de proteção do direito a não autoincriminação e, conseqüentemente, demonstrar que a interpretação conferida pelo ordenamento jurídico pátrio ao referido direito não condiz com a razão para a qual foi criado.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Prova. Intervenções corporais. Direito a não autoincriminação. *Nemo tenetur se detegere*.

Sumário - Introdução. 1. A produção da prova no modelo acusatório de processo brasileiro e a problemática com relação ao parâmetro de interpretação conferido ao direito a não autoincriminação pelo ordenamento jurídico pátrio. 2. A *ratio essendi* do *nemo tenetur se detegere*: delineamento dos limites hermenêuticos de aplicação do princípio à luz de sua origem. 3. As intervenções corporais como meio de obtenção de prova no processo penal brasileiro e no direito comparado: uma análise em conformidade com os limites hermenêuticos do *nemo tenetur se detegere*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito a não autoincriminação, conhecido pelo termo *nemo tenetur se detegere* – ninguém está obrigado a se descobrir, é reconhecido e aplicado nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Os limites atribuídos ao aludido direito, entretanto, variam de um país para outro. Em que pese esta variação, observa-se que na maioria dos países há considerável relativização do *nemo tenetur se detegere*.

O Brasil, no entanto, segue na contramão do mundo, pois confere ao direito a não autoincriminação uma interpretação hipertrofiada, ou seja, o ordenamento jurídico pátrio ao considerar o *nemo tenetur se detegere* como um limitador da busca pela verdade no processo penal extrapola os limites hermenêuticos de aplicação da norma, de modo que a persecução penal, mais especificamente no que concerne às intervenções corporais como meio de obtenção de prova, encontra-se engessada pela aplicação do referido direito.



O tema possui grande relevância na medida em que o direito a não autoincriminação possui status de direito fundamental, bem como porque tem estreita ligação com a efetividade da prestação da tutela jurisdicional na seara criminal.

A presente pesquisa científica enfoca nos limites hermenêuticos do *nemo tenetur se detegere* a fim de justificar a aplicação das intervenções corporais como meio de obtenção de prova no processo penal. Para tanto, busca delimitar o campo de proteção do referido direito.

No primeiro capítulo do trabalho pretende-se demonstrar como se caracteriza a busca pela prova no modelo acusatório de processo penal brasileiro, bem como qual a norma que é utilizada pelo ordenamento jurídico pátrio como parâmetro para a interpretação dos limites hermenêuticos do *nemo tenetur se detegere*.

Segue-se, no segundo capítulo, apresentando a origem e a evolução do *nemo tenetur se detegere*, com o intuito de estabelecer a finalidade da norma e seu âmbito de proteção.

Por fim, no terceiro capítulo, analisa-se as intervenções corporais à luz dos limites hermenêuticos do direito a não autoincriminação, demonstrando como se dá a aplicação do *nemo tenetur se detegere*, contemporaneamente, no Brasil e ordenamentos alienígenas.

No tocante à metodologia, a pesquisa possui abordagem qualitativa na medida em que visa entender e interpretar fenômenos jurídicos que influenciam institutos relevantes do Direito. Quanto ao objetivo é descritiva-explicativa, pois busca apurar as causas dos fenômenos investigados, visando encontrar as respostas para as questões ou hipóteses formuladas. Já no que diz respeito ao procedimento é bibliográfica e documental, com a utilização dos métodos histórico e comparativo.

A escolha da pesquisa comparada decorre da necessidade da investigação do objeto de estudo no direito alienígena. A opção pelo método histórico se deu em razão da imprescindibilidade da análise da origem e da evolução do instituto objeto do estudo.

1. A PRODUÇÃO DA PROVA NO MODELO ACUSATÓRIO DE PROCESSO BRASILEIRO E A PROBLEMÁTICA COM RELAÇÃO AO PARÂMETRO DE INTERPRETAÇÃO CONFERIDO AO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Segundo leciona Mauro Fonseca Andrade¹, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e a legislação infraconstitucional brasileira não determinaram

¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e Seus Princípios Reitores*, 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 472-473.



expressamente qual o sistema processual penal adotado pelo Brasil. O que se verifica no ordenamento jurídico pátrio, segundo o autor, são modelos de processo.

No processo penal brasileiro encontra-se modelo de processo em que a investigação criminal é realizada por magistrado (caso de infrações criminais cometidas por juízes e caso em que há a prática de algum crime na sede ou nas dependências do Supremo Tribunal Federal)². Nessas hipóteses, o juiz que realiza a investigação é o mesmo que julga o processo, como ocorria nos juizados de instrução, típicos do sistema misto.³ A investigação criminal nesse modelo se dá dentro de um processo, o que reforça a ligação com o sistema misto, uma vez que neste a investigação criminal tem cunho processual.⁴

Entretanto, deve-se reconhecer que no Brasil prevalece o modelo acusatório de processo.⁵ Isso pode ser afirmado porque nos demais ritos processuais encontrados no ordenamento brasileiro há atribuição das funções de acusação (e investigação) e de julgamento a órgãos distintos, bem como porque o processo só tem início com o oferecimento da acusação.⁶

No modelo acusatório de processo, compete, em regra, às partes a produção de provas. Entretanto, excepcionalmente, poderá o juiz ter uma participação mais ativa ao longo da fase probatória.⁷

Em um Estado Democrático de Direito, a busca pela verdade no processo penal tem como escopo a proteção de direitos fundamentais não só do acusado, como também da vítima e da sociedade. Portanto, a condenação ou absolvição de um réu deve se pautar em premissas corretas.⁸

Sabe-se que não é possível replicar os fatos dentro de um processo. O fato encontra-se no passado, de modo que nunca poderá ser repetido. Nesta linha, constata-se que a verdade a ser buscada pelo processo não é uma verdade material, compreendida como a verdade real, mas sim uma verdade processual.

Entende-se por verdade processual aquela que, condicionada aos parâmetros constitucionais e legais, almeja chegar ao maior grau possível de proximidade com o fato

² Ibid.

³ NOVAES, Felipe. *Sistemas de Investigação Preliminar: a (im)possibilidade dos Juizados de Instrução*. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2015/03/19/sistemas-de-investigacao-preliminar-a-impossibilidade-dos-juizados-de-instrucao/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

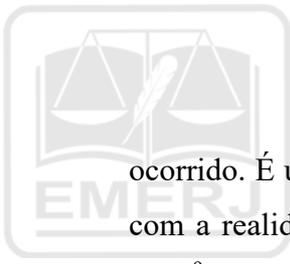
⁴ ANDRADE, op. cit., p. 472.

⁵ Ibid., p. 473.

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p.10.

⁷ ANDRADE, op. cit., p. 111.

⁸ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 56.



ocorrido. É uma verdade aproximada, probabilística. Esta maior proximidade quanto possível com a realidade não deve só ser estimulada pelo juiz, mas deve também ser objetivada por este.⁹

Dessa maneira, verifica-se que o juiz, dentro de um modelo acusatório de processo e na busca pela verdade processual, poderá valer-se de poderes instrutórios sempre que considerar necessário, observados os limites impostos pela Constituição e pela lei.

Nesse sentido, não há inconstitucionalidade nos dispositivos que autorizam ao juiz a determinar, de ofício, a produção de determinada prova. A referida conduta não afeta a imparcialidade do magistrado, pois este não conhece o resultado que da produção da prova advirá.¹⁰

O juiz, ao verificar, por exemplo, a insuficiência defensiva, deverá atuar na instrução probatória, de modo a proteger os direitos do acusado. Assim, caso constate o magistrado a existência de provas que, não requeridas pela defesa, podem inocentar o réu, poderão estas ser requeridas de ofício.¹¹

Diferentemente ocorre com relação ao ônus probatório da acusação. O juiz não pode se substituir ao Ministério Público, ou seja, não pode atuar de ofício a fim de suplementar a atividade probatória do órgão ministerial. Isso seria admitir uma iniciativa acusatória do juiz penal.¹²

O que se admite do juiz é uma iniciativa probatória para dirimir dúvida sobre ponto relevante, conforme dispõe o art. 156, II do Código de Processo Penal¹³.

Entende-se, contudo, que a dúvida a ser dirimida não pode inovar no processo, isto é, não poderá trazer ao processo algo que não foi alegado pelas partes.

Verifica-se assim que a imparcialidade do juiz não está relacionada à sua inércia. A imparcialidade tem por base a submissão das provas ao contraditório e a motivação das decisões judiciais.¹⁴

Dessa forma, poderá o magistrado valer-se da utilização de todos os meios legais de obtenção de prova quando estes forem imprescindíveis à elucidação dos fatos.

Todavia, o juiz só pode admitir como meio de obtenção de prova, seja por iniciativa

⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57-60.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

¹¹ OLIVEIRA, op. cit., p.338.

¹² Ibid.

¹³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 117-118.

das partes ou de ofício, aquilo que não viole as garantias fundamentais do acusado.

Não pode ser atribuído à “verdade” valor maior do que aos direitos fundamentais do acusado, bem como não pode esta ser colocada em patamar mais elevado que a função social do processo, qual seja, a pacificação social.¹⁵

Nesta temática reside o suposto conflito entre o *nemo tenetur se detegere*, direito a não autoincriminação, e a busca pela verdade no processo penal, consubstanciado, mais especificamente, na produção de provas que necessitam de intervenção corporal ou que dependam de uma conduta ativa do acusado.

Diz-se suposto conflito porque, em verdade, não existe tal incompatibilidade, o que há é uma dificuldade em seu delimitar o que caracteriza violação a direitos fundamentais do acusado.¹⁶

Essa dificuldade é maior ainda no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque no Brasil o direito a não autoincriminação é interpretado à luz da ampla defesa.

Segundo afirma Aury Lopes Junior¹⁷, do princípio *nemo tenetur detegere* “desdobram-se importantes vertentes, como o direito ao silêncio e a autodefesa negativa”.

Leciona ainda o autor¹⁸ que:

[...] a defesa pessoal negativa, como o próprio nome diz, estrutura-se a partir de uma recusa, um não fazer. É o direito do imputado não fazer prova contra si mesmo, podendo recusar-se a praticar todo e qualquer ato probatório que entenda prejudicial à sua defesa (direito de calar no interrogatório, recusar-se a participar de acareações, reconhecimentos, submeter-se a exames periciais etc.). [...]

No mesmo sentido, Antônio Scarance¹⁹ afirma que:

[...] já era sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência, o princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, não podendo o suspeito ou o acusado ser forçado a produzir prova contra si mesmo. [...]

Ainda, Antônio Magalhães Gomes Filho²⁰, assevera que:

¹⁵ QUEIJO, op. cit., p. 67.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.435.

¹⁸ Ibid., p.375-376.

¹⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 264.

²⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.119.



[...] o que se deve contestar em relação a essas intervenções ainda que mínimas, é a violação do direito à não auto-incriminação e à liberdade pessoal, pois se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si. [...].

Partindo de tal premissa o Poder Judiciário Brasileiro - ao contrário do que se verifica nas legislações europeias, anglo-americana e em alguns países da América do Sul²¹ - tem conferido ao direito a não autoincriminação amplíssima proteção, o que vem, em muitos casos, inviabilizando a correta aplicação da tutela jurisdicional na seara criminal.

A aplicação do *nemo tenetur se detegere* como ocorre hoje no ordenamento jurídico brasileiro não condiz com a finalidade para a qual o referido direito foi criado, ou seja, não está de acordo com sua *ratio essendi* - razão de ser, que é assegurar a dignidade da pessoa humana.

2. A *RATIO ESSENDI* DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*: DELINEAMENTO DOS LIMITES HERMENÊUTICOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO À LUZ DE SUA ORIGEM

Segundo leciona Maria Elizabeth Queijo²², o direito a não autoincriminação assumiu, ao longo do tempo, vários significados, sendo reconhecido também por outras máximas: *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare*, *nemo tenetur se ipsum pro- dere*, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *nemo testis contra se ipsum*. No direito anglo-americano denominou-se *privilege against self-incrimination*.

Para compreensão dos limites hermenêuticos do direito a não autoincriminação importante realizar uma análise histórica de sua evolução.

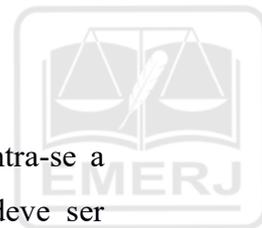
Não é possível se determinar com exatidão a origem do *nemo tenetur se detegere*. Entretanto, existem na Antiguidade alguns textos que remetem a esta ideia.

Alguns afirmam estar no direito Hebreu a origem do direito a não autoincriminação, pois não era permitido ao acusado depor contra si mesmo, tendo em vista que a confissão era considerada manifestação do estado de loucura²³. Doutrina diversa, entretanto, vincula a origem ao direito canônico em razão dos diversos textos escritos à época em prol da proteção

²¹ OLIVEIRA, op. cit., p.389.

²² QUEIJO, op. cit., p. 28.

²³ Ibid., p. 29.



do réu, por todos Graciano, que repudiava a tortura.²⁴ Nos textos canônicos encontra-se a máxima *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, que dispunha que ninguém deve ser obrigado a se tornar testemunha contra si mesmo, porque ninguém deve ser obrigado a revelar sua própria vergonha. O homem era obrigado a revelar seus erros somente à Deus.²⁵

Contudo, pode-se dizer que as alusões ao *nemo tenetur se detegere* na Antiguidade não tiveram força suficiente para, naquele momento, florescerem, tendo o referido direito sido sufocado pelo sistema inquisitorial nos séculos que se seguiram.

Ensina Wagner Marteleto Filho²⁶ que durante os séculos XIII a XVII vigorou na Europa Continental o sistema inquisitorial, que foi estabelecido em 1215 pelo IV Concílio de Latrão. Neste período a Igreja tinha grande influência sobre a Monarquia, e havia confusão entre delito e pecado. O emprego da tortura era usado em toda a Europa Continental tanto nas Cortes Seculares quanto nas Eclesiásticas e tinha como finalidade obter a confissão, sendo esta considerada a rainha das provas. O acusado era submetido a *ex officio oath* - juramento de ofício, no qual estava obrigado a *veritate dicenda* – obrigação de dizer a verdade. Em 1252 foi instituída pela monarquia a Bula *Ad Extirpanda*, que regulamentou o emprego das torturas no procedimento. Havia, portanto, uma complementa ausência do direito a não autoincriminação que foi verdadeiramente soterrado durante este período.

Com o advento do iluminismo no século XVIII surgiram críticas à desumanidade do sistema inquisitorial, especialmente no que concerne a prática da tortura como meio de obter confissão. Como exemplo, pode-se citar o conhecido libelo “Dos Delitos e das Penas”, no qual Beccaria condenava o sistema vigente em defesa da dignidade da pessoa humana. As críticas iluministas culminaram na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que trouxe em seu bojo a presunção de inocência (art. 9º) e a proibição da tortura.²⁷

A partir do século XVIII, portanto, nos países de *civil law* o acusado passou a ser reconhecido não mais como um mero objeto de prova, alçando ao patamar de sujeito de direito, isto é, sujeito detentor de direitos e garantias fundamentais. Ao acusado, em razão de sua nova posição, foi garantido o direito ao silêncio consubstanciado na abolição do juramento de ofício e da prática da tortura, de modo a garantir o direito à vida e a integridade física e psíquica do acusado.

²⁴ COUCEIRO, José Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 43.

²⁵ MARTELETO FILHO, Wagner. *O princípio e a regra da não autoincriminação: os limites do nemo tenetur se detegere*, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Uberlândia, 2011. Disponível em: < <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13178>>. Acesso em: 04 set. 2018.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.



Na Inglaterra o direito a não autoincriminação começou a ganhar força a partir da Carta Magna 1215, segundo a qual nenhum homem poderia ser punido, exceto pela *law of the land* - lei da terra - e por julgamento realizado por seus pares.

O *privilege against self compelled incrimination* ganhou contornos significativos durante os séculos XIII a XVII, em que houve um confronto entre as cortes de *common law* e as cortes eclesiásticas. Ou seja, um conflito entre a jurisdição civil e eclesiástica. Isto porque nas cortes de *common law* vigorava o sistema acusatório, tendo em vista que o procedimento criminal era fundado no julgamento pelo Júri (*Trial Jury*). De outro lado, as cortes eclesiásticas aplicavam um procedimento tipicamente inquisitorial e utilizavam-se da *veritate dicenda*, isto é, submetiam os acusados ao juramento de dizer a verdade e a busca incessante pela confissão. Nessas cortes a recusa ao juramento de ofício equivalia à admissão de culpa. Nesse período foi instituído, inclusive, o Estatuto de *Haeretico Comburendo*, que permitia queimar os hereges. Do confronto entre as Cortes de *common law* e eclesiásticas surgiram, no século XVII, o *Writ e o Habeas Corpus*. O primeiro visava impedir o juramento de ofício, o segundo proteger o acusado da ilegalidade das privações de liberdade impostas pelas cortes eclesiásticas. Só em 1641 houve a extinção das cortes eclesiásticas.²⁸

Ademais, a defesa nas cortes de *common law* até meados do século XVIII era exercida de forma pessoal pelo próprio acusado – sistema *accused speaks*, de modo que o exercício do direito ao silêncio acabava por caracterizar renúncia ao direito de defesa, ou seja, um verdadeiro suicídio processual.²⁹

No final do século XVII, nos processos por traição, foi permitido ao acusado apresentar testemunhas de defesa e ser assistido por advogado. Isto se deu com a edição, em 1696, da *Treason Act*. Em 1730 foi permitida a atuação de advogados também nos crimes comuns, tendo tal prerrogativa se consolidado em 1780, embora ainda prevalecesse a autodefesa do acusado, uma vez que ao defensor não era permitido falar ao júri. Somente em 1836 o advogado pode se dirigir ao júri, superando com isso o sistema *accused speaks*.³⁰

Assim, pode-se concluir que o direito a não autoincriminação surge na Antiguidade com o intuito de garantir ao acusado o direito de ficar calado quando este fosse submetido a julgamento sob o argumento de que nenhuma pessoa estaria obrigada a expor sua vergonha a ninguém, somente a Deus. É a aplicação do *nemo tenetur se detegere* na sua vertente mais genuína, qual seja, do direito ao silêncio.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.



Posteriormente, reaparece como uma forma de defesa contra o sistema inquisitorial que se instalou nos países da Europa Continental e nas cortes eclesiásticas da Inglaterra nos séculos XIII a XVII, tendo por finalidade a proteção do acusado contra a prática de condutas desumanas, como a tortura, que colocava em risco sua vida e integridade física e psíquica.

Nas cortes de *common law* o direito a não autoincriminação se consagra no século XVIII com a superação do sistema *accused speaks*, e com isso reafirma o direito do acusado de manter-se em silêncio durante o julgamento se assim desejar.

Desse modo, chega-se a conclusão que o princípio basilar à análise do direito a não autoincriminação é o princípio da dignidade da pessoa humana, seja na sua vertente do direito à intimidade tomando-se por critério que o acusado não está obrigado a revelar sua vergonha, seja na vertente do direito à vida e a integridade física e psíquica, adotando-se como premissa que se deve proteger o acusado de condutas desumanas.

Corroborando tal afirmação há os tratados internacionais, que o Brasil é signatário, segundo os quais o *nemo tenetur se detegere* abrange o direito ao silêncio, que inclui o direito de não depor contra si mesmo e de não se declarar culpado; direito de não ser submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; direito a integridade física, psíquica e moral; e o direito de não ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem ofensas à sua honra ou reputação.³¹

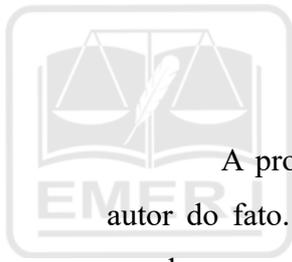
Vale dizer, o direito a não autoincriminação não tem como fundamento a ampla defesa, mas sim garantir que a dignidade humana do acusado seja preservada.

3. AS INTERVENÇÕES CORPORAIS COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO: UMA ANÁLISE À LUZ DOS LIMITES HERMÊNEUTICOS DO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

No Brasil, como já visto, o *nemo tenetur se detegere* é interpretado à luz da ampla defesa, mas especificamente, do direito de defesa pessoal negativa.

Em decorrência disso, no ordenamento jurídico brasileiro as intervenções corporais são analisadas sobre dois prismas: i) se a prova é de cooperação ativa ou passiva; e ii) se a prova é de intervenção corporal invasiva ou não-invasiva.

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Breves notas sobre a não autoincriminação*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/37476/breves_notas_sobre_oliveira.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.



A prova de cooperação ativa é aquela que exige uma conduta positiva por parte do autor do fato. Ex.: soprar um bafômetro; perícia grafotécnica. Já de cooperação passiva é aquela em que se exige uma postura de tolerância por parte do réu durante a atividade probatória do Estado, isto é, que o réu tolere que o Estado produza uma prova sobre ele. Ex.: exame de raios-x; reconhecimento pessoal.³²

O réu só pode recusar-se a realizar a prova de cooperação ativa. Já a prova de cooperação passiva o réu é obrigado a tolerar porque essa prova não exige nenhum comportamento ativo dele, mas uma mera tolerância passiva.

A prova invasiva é aquela que rompe os limites físicos do corpo, vale dizer, em que há penetração no corpo. Ex.: extração de sangue. Por outro lado, a prova não invasiva não rompe os limites físicos do corpo. Ex. identificação dactiloscópica; prova que está na superfície do corpo ou material biológico que já foi expelido por ele (pele debaixo da unha da vítima; fios de cabelo; Saliva na guimba do cigarro).³³

O réu só pode recusar-se a realizar a prova se esta for de intervenção corporal invasiva. Já quanto às provas de intervenção corporal não invasiva o réu não pode se opor.

Nesse sentido entende o Supremo Tribunal Federal (STF)³⁴ que o acusado tem o direito de permanecer em silêncio, de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal.

Tal posicionamento se verifica, inclusive, na seara cível onde a Corte Suprema assentou jurisprudência no sentido de que discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara",

³² QUEIJO, op. cit., p. 299.

³³ Ibid., p. 290.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 96219*. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/Bibliografiabancosperfis2.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA.³⁵

Essa é a interpretação dada pelo ordenamento jurídico pátrio ao *nemo tenetur se detegere* no que tange às intervenções corporais.

Assim, portanto, no direito brasileiro tem prevalecido que o réu não está obrigado a cooperar com a produção de provas e nem a se submeter a intervenções corporais, não podendo sua negativa ser interpretada em seu desfavor, isto é, sua recusa não pode configurar crime de desobediência; não pode gerar presunção de veracidade dos fatos; e não pode gerar presunção de culpabilidade³⁶.

Ademais, a legislação brasileira é escassa no que tange às intervenções corporais como meio de obtenção de prova, e quando estas são previstas pela lei não são bem aceitas pela jurisprudência. É o que ocorre com a Lei nº 12.654/12³⁷, que alterou as Leis nº 12.037/09³⁸ e nº 7.210/84³⁹, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. O art. 9-A da Lei nº. 7.210/84⁴⁰, que teve sua redação dada pela Lei nº. 12.654/12⁴¹ encontra-se com sua constitucionalidade discutida no RE 973837⁴², estando afetado à Repercussão Geral - Tema 905.

Entretanto, o entendimento adotado pelo ordenamento jurídico pátrio não é o mesmo que se verifica no direito comparado. Neste, tanto nos países de *civil law* como nos países de *common law*, a relativização do *nemo tenetur se detegere* ganhou contornos significativos: de um lado garante a efetividade da persecução penal e de outro os direitos fundamentais do acusado.

Importante trazer, a título de exemplo, as disposições constantes em alguns ordenamentos alienígenas.

O direito alemão permite a investigação corporal do acusado mesmo que contra sua vontade para elucidar fatos importantes do processo. O parágrafo 81 “a” do Código de

³⁵ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 7137*. Rel. Min. Francisco Rezek. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/Bibliografiabancosperfis2.pdf> >. Acesso em: 18 set. 2018.

³⁶ Idem, op. cit., p. 315.

³⁷ Idem. *Lei nº 12.654*, de 29 de maio de 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm >. Acesso em: 16 abr. 2018.

³⁸ Idem. *Lei nº 12.037*, de 02 de outubro de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm >. Acesso em: 16 abr. 2018.

³⁹ Idem. *Lei nº 7.210*, de 13 de julho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm >. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁴⁰ Idem, op. cit., nota 29.

⁴¹ Idem, op. cit., nota 27.

⁴² Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 973837*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905> >. Acesso em: 16 abr. 2018.



Processo Penal alemão (StPO) regulamentou a possibilidade de intervenção corporal de caráter invasivo⁴³. A referida norma determina que, desde que não cause risco para a saúde do acusado, serão admitidas ingerências corporais a serem realizadas por médico que funcionará como perito, sendo prescindível o consentimento do acusado. Em 1997, foi também introduzido no StPO o parágrafo 81 “e” permitindo a coleta de material sanguíneo na forma do parágrafo 81 “a”. A medida deve ser ordenada pelo juiz, mas poderá também ser ordenado pelo Ministério Público, em caso de urgência⁴⁴.

No mesma linha segue o direito português. O artigo 172 do Código de Processo Penal português aduz que “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”. O referido artigo trata da sujeição a exames, de sorte que é possível, a realização de intervenção corporal, mesmo sem consentimento do acusado, desde que autorizada por decisão judicial e que respeitada a dignidade (art. 172, 3, do Código de Processo Penal)⁴⁵.

Na Itália, o art. 224-bis do Código de Processo Penal Italiano passou a estabelecer a possibilidade de intervenção corporal coercitiva para a coleta de cabelo, pelo ou mucosa da boca, desde que por meio de autorização judicial⁴⁶.

No Chile, Colômbia e Peru também há previsão de intervenção corporal mesmo sem consentimento do acusado. O art. 197 do código chileno permite extração de sangue ou outros materiais análogos, desde autorizada por juiz e respeitada à saúde e dignidade do indivíduo. Já art. 249 do Código Colombiano permite, sempre que isto resulte necessário para os fins da investigação, a obtenção de amostras de fluidos corporais, desde que autorizado pelo juiz de garantias. O Código peruano em seu artigo 211 também traz como requisito a necessidade de autorização judicial e que o delito seja sancionado com pena privativa de liberdade superior a 04 anos.⁴⁷

O Código uruguaio, no entanto, permite a realização de intervenções corporais (extração de sangue, sêmen, pelo ou cabelo) desde que com a permissão do acusado, não se admitindo a coleta coativa. A recusa injustificada do acusado em se submeter à intervenção

⁴³ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais: regulamentação. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, nº 39, p. 222, 2007.

⁴⁴ QUEIJO, op. cit., p. 329.

⁴⁵ QUEIJO, op. cit., P. 339-340.

⁴⁶ MARTELETO FILHO, op. cit., nota 25.

⁴⁷ Ibid.

acarreta presunção negativa, que poderá influir na decisão do juiz⁴⁸.

Nos países de *common law* a intervenções corporais também se apresentam, e podem ser introduzidas no ordenamento por meio de lei ou precedentes estabilizados.

Na Inglaterra, há lei. O *Criminal Police Evidence Act de 1984* faz distinção entre amostra biológica íntima e não íntima. As íntimas são consideradas invasivas e as não íntimas não invasivas. Com o advento do *Criminal Justice and Public Order Act de 1994*, modificado parcialmente pelo *Criminal Justice Act de 2003*, as coletas de saliva e de células da boca passaram a ser classificadas como não invasivas⁴⁹. Em contrapartida são consideradas invasivas as coletas de sangue, sêmen e tecidos extraídos de zona púbica ou orifícios⁵⁰.

As coletas invasivas se destinam aos crimes graves, sendo necessário à sua execução o consentimento do acusado por escrito e determinação de oficial de polícia mediante autorização por ele expedida. Não é possível a coleta forçada. Contudo, a recusa injustificada poderá ser valorada quando do julgamento. Já as coletas não invasivas se destinam aos crimes menos graves e prescindem do consentimento do acusado⁵¹.

Nos Estado Unidos, entende-se que a 5ª Emenda⁵² abrange tão somente prova de natureza testemunhal ou comunicativa, isto é, garante ao acusado o direito de não ser obrigado a dar declarações orais que possam lhe prejudicar, e, em algumas hipóteses, à apresentação de documentos⁵³.

No direito norte-americano é permitida a execução coercitiva da coleta de sangue, observando-se que a recusa pode acarretar crime de desobediência, bem como possibilitar que a acusação use a negativa em prejuízo do réu quando do julgamento⁵⁴.

A premissa usada por esses países, para auferir se determinado meio de prova viola ou não o direito a não autoincriminação, é o princípio da dignidade humana, e não o direito a ampla defesa.

Contudo, para que as intervenções corporais sejam consideradas constitucionais, além de não violar a vida, a intimidade e a integridade física e psíquica do acusado, devem obedecer a determinados requisitos.

Em primeiro lugar é necessário que a intervenção corporal seja imprescindível à

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ QUEIJO, op. cit., p. 355.

⁵⁰ HADDAD, op. cit., p. 223.

⁵¹ QUEIJO, op. cit., p. 348-349.

⁵² Dispõe a 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos “*No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*” (nenhuma pessoa deve ser compelida em algum processo criminal a ser testemunha contra si mesmo – trad. livre).

⁵³ HADDAD, op. cit., p. 223.

⁵⁴ Ibid., p. 355.



elucidação dos fatos, ou seja, deve caracterizar prova indispensável ao processo.

O segundo requisito diz respeito à previsão legal. A intervenção corporal deverá estar disposta em lei que discipline como se dará a colheita da prova.

Além disso, outros dois requisitos indispensáveis são a autorização judicial e a realização por médico.

A autorização judicial deverá ser prévia, podendo o controle jurisdicional ser realizado *a posteriori* em casos de extrema urgência.

O exame deve ser sempre realizado por médico a fim de que seja preservada a integridade física do investigado ou acusado.

Com relação às consequências da recusa, entende-se que não se pode coagir o acusado a se submeter às intervenções corporais, em que pese seja assim em alguns países.

Nada obstante, a recusa injustificada do acusado deve configurar indício de culpabilidade a ser valorado em seu prejuízo desde que corroborada por outros meios de prova.

Nesse sentido é a lição de José Cláudio Couceiro⁵⁵:

[...] A negativa a se submeter à prática de exame deve implicar apenas em indício de culpabilidade, invertendo o ônus da prova. Se for certo que tal inversão não é o bastante, por si só, para invalidar o princípio da presunção de inocência, não menos correto é afirmar que a mesma pode ser cotejada com as demais provas, permitindo inferência contra o agente, para validamente embasar o decreto condenatório. Tal interpretação, como acima mencionado quanto a direito ao silêncio, não significa acabar com a garantia que proíbe seja o agente compelido a fornecer prova contra si mesmo. Apenas procura equilibrar os valores em jogo na apuração dos fatos no processo penal. [...]

Igualmente, ensina Eugênio Pacelli⁵⁶:

[...]. O que se nos afigura perfeitamente possível é que o Juiz Criminal, quando diante de um quadro probatório existente, mas ainda insuficiente, possa valer-se da presunção (legal) para, diante da ausência de explicações minimamente razoáveis para a citada recusa (ao meio de prova válido), convencer-se em um ou outro sentido. Que seja até mesmo à conta de um critério de proporcionalidade, quando se tratar de infrações de natureza grave e cuja apuração revele-se demasiadamente complexa ou de difícil acesso. [...]

Desta forma, com base nos limites hermenêuticos de criação do *nemo tenetur se detegere*, que foi seguido pelo direito comparado, deve o ordenamento jurídico brasileiro rever seu parâmetro de interpretação do aludido direito, de modo que qualquer diagnóstico

⁵⁵ COUCEIRO, op. cit., 358-359.

⁵⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 411.



sobre a cooperação do acusado ou sobre as intervenções corporais como meio de obtenção de prova deverá ser feito à luz do princípio da dignidade humana, não devendo ser aceitas apenas as condutas que violem a vida, a intimidade e a integridade física e psíquica do acusado.

CONCLUSÃO

A pesquisa apurou inicialmente que a busca pela verdade no processo penal deve ser limitada aos preceitos constitucionais e legais, de modo que cabe ao juiz garantir ao acusado a inviolabilidade de seus direitos e garantias fundamentais.

A grande controvérsia, segundo destrinchou a pesquisa, gira em torno da definição do que é considerado violação a direitos e garantias fundamentais do acusado. E nesta temática trabalhou o suposto conflito entre as intervenções corporais e o direito a não autoincriminação.

Como analisado no primeiro capítulo, isso se dá ao fato de que o parâmetro de interpretação utilizado pelo Brasil em relação ao *nemo tenetur se detegere* é o direito fundamental a ampla defesa, mais especificamente, no seu viés negativo – defesa pessoal negativa, segundo a qual ninguém está a obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Ocorre que, como visto no segundo capítulo, o *nemo tentur se detegere* surge primeiramente na Antiguidade na sua vertente mais genuína, qual seja, do direito ao silêncio, sob o fundamento de que o indivíduo estava obrigado a revelar os seus pecados somente a Deus, revelar-se era tido como manifestação do estado de loucura.

Entretanto, o *nemo tenetur se detegere* ganhou contornos significativos posteriormente como uma resposta ao sistema inquisitorial que vigorou durante os séculos XIII a XVII tanto na Europa Continental como nas cortes eclesiásticas da Inglaterra. O objetivo era impedir a prática da tortura, protegendo assim a vida e a integridade física e psíquica do acusado. Em seguida consagrou-se nas cortes de *common law* com a superação do sistema *accused speak*, reafirmando o direito do acusado de manter-se em silêncio.

Desta forma, concluiu-se que o parâmetro de interpretação do *nemo tentur se detegere* é o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana e não o direito fundamental à ampla defesa.

Tanto é assim que, conforme averiguado no terceiro capítulo, as legislações europeias, anglo-americana e da América do Sul permitem que sejam realizadas intervenções corporais invasivas, sendo que em alguns desses países pode haver, inclusive, a submissão forçada a esse tipo de exame, enquanto em outros a recusa injustificada acarreta indício de



culpabilidade ou até constitui infração penal autônoma. Em contrapartida no Brasil, segundo o STF e maior parte da doutrina, só são permitidas intervenções corporais não invasivas.

Assim, o entendimento a que se chegou foi no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro deve rever seu parâmetro de interpretação para que somente não sejam permitidas as intervenções corporais que atentem contra a vida e a integridade física e psíquica, corolários da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE. Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. *Lei n° 7.210*, de 13 de julho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. *Lei n° 12.037*, de 02 de outubro de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. *Lei n° 12.654*, de 29 de maio de 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 96219*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/Bibliografiabancosperfis2.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° HC 7137*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/Bibliografiabancosperfis2.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 973837*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente>>

=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COUCEIRO, José Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais: regulamentação. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, nº 39, p. 216-253, Jul./Set. 2007.

_____. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O princípio e a regra da não autoincriminação: os limites do nemo tenetur se detegere*, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Uberlândia, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13178>>. Acesso em: 04 set. 2018.

NOVAES, Felipe. *Sistemas de investigação preliminar: a (im) possibilidade dos juizados de instrução*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/03/19/sistemas-de-investigacao-preliminar-a-impossibilidade-dos-juizados-de-instrucao/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Breves notas sobre a não autoincriminação*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/37476/breves_notas_sobre_oliveira.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



DA MULTA SOBRE O ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA: INEFETIVIDADE FRENTE À FAZENDA PÚBLICA, AO AGENTE PÚBLICO E AO ADVOGADO PRIVADO?

Juliano dos Anjos da Motta Moraes

Graduado pelas Faculdades Integradas Vianna Junior. Advogado. Pós-graduando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Direito Processual pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – o Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, explicitou preocupações do legislador em formular um sistema processual civil que se coadunasse com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, a fim de fomentar um ordenamento jurídico realmente efetivo, célere, justo, harmônico e independente. Diante dos sistemas processual e de execução fiscal benéficos à Fazenda Pública, parte altamente litigante, faz-se necessário melhor investigar a multa atentatória à dignidade da justiça como instrumento capaz de coibir ou, ao menos, reduzir a litigiosidade. E, de outra forma, repensar a responsabilização do agente público nos casos de dolo ou erro grosseiro, à luz do art. 28, da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro, e do advogado privado.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Ato Atentatório à Dignidade da Justiça. Multa. Responsabilização. Fazenda Pública. Agentes Públicos. Advogado Privado.

Sumário – Introdução. 1. A nova sistemática Processual Civil: a punição dos atos atentatórios à dignidade da Justiça. 2. A Fazenda Pública, os agentes públicos, os advogados privados e a prática de atos indignos: inefetividade da punição? 3. O efeito reverso de sobrecarregamento do Poder Judiciário diante da necessidade de se cobrar via execução fiscal; a confusão entre credor e devedor e a quebra da isonomia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu último balanço publicado no início do ano de 2018, detectou que em 2017 havia 80,1 milhões de processos em tramitação no poder judiciário. Em relação a 2016, houve um aumento de 0,3%, o que corresponde a 244 mil novos casos que aguardam uma solução definitiva. Equivale dizer que, em 2017, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.519 intentaram ao menos uma ação judicial.

Por outro lado, foram distribuídos 29,1 milhões de novos processos e baixados 31 milhões, ou seja, um aumento de 6,5% dos casos solucionados pelo Poder Judiciário. No entanto, a pergunta que se faz é: por que então houve um aumento do número de ações em curso? A resposta se dá pelo fato de que muitos processos baixados retornaram à tramitação por anulação de sentenças, remessas e retornos dos autos entre tribunais por questões de



competência ou de mudança de classe processual. Isso representa um total de 619.242 processos reativados.

Ademais, constatou-se que o principal fator de morosidade da Justiça são as execuções fiscais que, só no ano de 2017, correspondiam a 39% do total de casos pendentes, com congestionamento de 92%. Significa dizer que há 31,2 milhões de execuções fiscais em curso. Para liquidar esse acervo, seriam necessários 11 anos sem que o Judiciário recebesse novas execuções fiscais. Esses números são alarmantes para a sociedade brasileira, na medida em que depende, muitas vezes, de uma resposta rápida do serviço público jurisdicional.

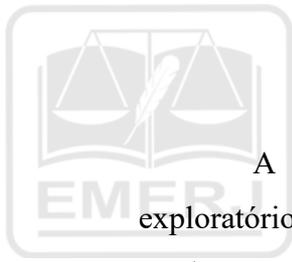
Sob outro prisma, a exposição de motivos do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (CPC/2015), explicitou preocupações do legislador em confeccionar um sistema processual civil que se coadunasse com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, a fim de fomentar um ordenamento jurídico realmente efetivo, célere, justo, harmônico e independente.

Assim, em paralelo com o princípio da duração razoável do processo e da efetividade e, de outro lado, com o sistema processual benéfico à Fazenda Pública, parte altamente litigante, faz-se necessário melhor investigar a multa atentatória à dignidade da justiça como instrumento capaz de coibir ou, ao menos, reduzir a litigiosidade. E, sob outro viés, repensar o modelo processual civil de protecionismo da Fazenda Pública.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a nova sistemática processual civil com fundamento nos princípios constitucionais e, na forma do artigo 6º, estabelece o dever de cooperação a todos os sujeitos do processo, a fim de que se obtenha decisão de mérito justa e efetiva, num tempo razoável. Ainda, apresenta-se os atos atentatórios à dignidade da justiça, em *numerus clausus*, que são passíveis de punição por multa de 2% da vantagem econômica pretendida a até 20% sobre o valor atualizado da causa, do débito em execução ou do valor atualizado do bem, a depender do tipo de ato praticado e da fase processual em curso.

No segundo capítulo, impôs-se debater se a condenação por prática de atos indignos à Justiça se tornaria inefetivo, tendo em vista o processo de execução especial e demais benefícios processuais, a que faz jus a Fazenda Pública. Por outro lado, se se poderia alcançar o agente público e o advogado privado, diante das leis vigentes.

No terceiro capítulo, discutiu-se o efeito reverso de sobrecarregamento do poder judiciário diante do modo especial de cobrança da Fazenda Pública – execução fiscal. Por conseguinte, uma confusão entre credor e devedor da multa oriunda da indignidade e, por fim, a quebra de isonomia entre os entes federativos, com possível violação ao pacto republicano.



A presente pesquisa pretende ser hipotético-dedutiva com análise e fichamento exploratório de bibliografia, de doutrina, de legislação e de jurisprudência. Para tanto, utilizou-se do método qualitativo, que teve como fonte de pesquisa: livros doutrinários, códigos comentados, revistas jurídicas, sítios da internet, teses, artigos científicos e monografias.

1. A NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL: A PUNIÇÃO DOS ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (CPC/2015), trouxe um novo sistema processual marcado pela preocupação com cinco objetivos primordiais de mudança, como vemos na Exposição de Motivos¹ do referido diploma processual:

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Assim, visou-se a uma sistemática que proporcionasse a sociedade o reconhecimento e a realização dos seus direitos, em harmonia com as garantias constitucionais de um Estado Democrático. Noutras palavras, o processo, como meio de concretização do direito material, há de ser eficiente, efetivo e cooperativo, para que se alcance os fins a que se destina.

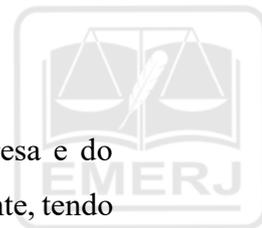
Nas lições de Fredie Didier Jr.², um processo devido é um processo com razoável duração, o qual, necessariamente, deve-se pautar pelo princípio da eficiência, sobretudo, na orientação da gestão processual. Segue discorrendo:

efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. *Eficiente* é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima. Um processo pode *ser efetivo sem ter sido eficiente* – atingiu-se o fim “realização do direito” de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas *jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo*: a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo.

Pois bem, esse neoprocessualismo estruturando e organizando o processo, impôs um dever de cooperação para todos os sujeitos do processo – partes, procuradores, auxiliares da

¹ BRASIL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. p. 26.

² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 109, 115 e 117.



justiça – com fundamento nos princípios da boa-fé, do contraditório, da não surpresa e do devido processo legal. Não se espera que os sujeitos do processo se ajudarão mutuamente, tendo em vista que possuem interesses antagônicos, na quase totalidade dos casos. O que se busca é que os sujeitos atuem no processo de forma conjunta, *comparticipativa*, para dar maior legitimidade a tutela jurisdicional a ser proferida, conforme ensinamentos de Alexandre Freitas Câmara³.

Essa atuação cooperativa, *comparticipativa*, traduz-se num dever ético e leal, a fim de se evitar a extinção do processo sem resolução do mérito, cumprindo com os deveres de transparência e de esclarecimento, ratificado pelo Enunciado nº 373⁴ do Fórum Permanente de Processualistas Civil – FPPC⁵.

Apesar de todos os esforços para conferir maior efetividade ao processo civil brasileiro, percebe-se nenhuma atenção para o maior litigante: o próprio Estado. Posto isso, analisar-se-á a multa atentatória à dignidade da justiça.

No que tange a maior efetividade, foca-se na ampliação de possibilidades de sanções para aqueles que, de alguma forma, atentam contra à dignidade da justiça. Hoje, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta oito artigos específicos, todos do CPC/2015, sobre os referidos atos, são eles: a) art. 77, parágrafos, incisos IV e VI; b) art. 161, parágrafo único; c) art. 334, § 8º; d) art. 772, inciso II; e) Art. 774; f) Art. 777; g) art. 903, § 6º; h) art. 918, parágrafo único.

Mas o que se considera ato atentatório à dignidade da justiça? O regramento inaugural é o art. 77, § 2º, ao mencionar que os incisos IV e VI do *caput* constituem ato atentatório à dignidade da justiça, “[...] devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.”⁶ Esses incisos tratam do dever dos sujeitos do processo de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, sejam elas satisfativas ou definitivas, bem como de não criar embaraços para a sua efetivação. E, ainda, de não praticar inovações de cunho ilegal quanto ao estado de bem ou direito litigioso.

³ CÂMARA. Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 11.

⁴ Enunciado nº 373 – (arts. 4º e 6º) As partes devem cooperar entre si; devem atuar com ética e lealdade, agindo de modo a evitar a ocorrência de vícios que extingam o processo sem resolução do mérito e cumprindo com deveres mútuos de esclarecimento e transparência. (Grupo: Normas fundamentais)

⁵ IX ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2018. *Carta de Recife: Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Disponível em: <<https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2018/03/carta-de-recife.docx>>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.



Nelson Nery Junior⁷ entende que os sujeitos que participam do processo inseridos no Livro III, o qual se inicia no art. 70, deve ter como mote norteador de sua atuação o *princípio da boa-fé*. Segue explicitando que:

a norma introduziu no Brasil o instituto do *contempt of court*. Deixar de cumprir os provimentos judiciais ou criar embaraço à sua efetivação, descumprindo o dever estatuído no CPC 77 IV, constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição (*contempt of court*). Essa infração pode ensejar reprimenda nas esferas civil, penal, administrativa e processual, além da multa fixada nos próprios autos onde ocorreu o *contempt*, valorada segundo a gravidade da infração e em montante não superior a vinte por cento do valor da causa. Pode-se definir o *contempt of court* como sendo “a prática de qualquer ato que tenda a ofender um juiz ou tribunal na administração da justiça, ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem.

Prosseguindo-se, há o art. 161, parágrafo único. Nele, há a imposição de sanção pela indignidade nos casos de infidelidade do depositário, sem prejuízo das responsabilidades na esfera civil e penal. O legislador não arbitra uma sanção especial para esse caso, devendo-se aplicar a regra geral do art. 77, § 2º.

Quanto ao art. 334, § 8º, percebe-se uma preocupação do legislador em conferir celeridade à marcha processual. Estabelece o diploma processual civil que a ausência injustificada do autor ou do réu à audiência de conciliação – ou seja, quando ambos em suas petições demonstraram o interesse pela audiência – é, igualmente, considerado ato atentatório. A sanção prevista para esse dispositivo é de multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica perquirida, revertida em favor da União ou do Estado.

No art. 772, inciso II, afere-se que o legislador também cuidou do processo de execução com relação a coibir condutas indignas. O juiz, no exercício do seu poder de polícia, pode “advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça⁸”. A sanção que deverá ser aplicada, nesse caso, é a regra geral do art. 77, § 2º.

O art. 774 explicita, de modo pormenorizado, condutas omissivas ou comissivas que são consideradas atentatórias no curso de uma execução. Assim, aquele que frauda (inciso I); que se opõe maliciosamente com meios ardis e/ou artificiosos (inciso II); que põe algum tipo de empecilho ou embaraço à penhora (inciso III); que não cumpre as ordens judiciais injustificadamente (inciso IV); que não colabora com o juízo após intimado, indicando os bens e os seus valores, nem exhibe prova da propriedade ou certidões conexas, o magistrado poderá multá-lo (inciso V) “[...] em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do

⁷ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 449-455.

⁸ BRASIL. op. cit., nota 5.



débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.⁹”

Quanto ao art. 777, este apenas determina que a cobrança das referidas penalidades se dará nos próprios autos do processo. Ou seja, não se faz necessária a instauração de um incidente ou quiçá a distribuição de uma petição em autos apartados.

Já no art. 903, § 6º, o legislador resguardou o instituto da alienação. Talvez seja a penalidade mais alta em desfavor daquele que pratica atos indignos, pois pode chegar a vinte por cento do valor atualizado do bem, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. Diz ele:

§ 6º Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça a suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, devendo o suscitante ser condenado, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, ao pagamento de multa, a ser fixada pelo juiz e devida ao exequente, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do bem.

Por fim, e não menos importante, há a previsão expressa no art. 918, parágrafo único, considerando ato violador à dignidade da justiça o oferecimento de embargos de declaração com intuito manifestamente protelatórios. Este também deverá ser penalizado pela regra geral do art. 77, § 2º, CPC/2015¹⁰ – “[...] aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.”

De modo contrário entende o pós-doutor Antônio Pereira Gaio Júnior¹¹. Para ele, a parte que apresenta embargos de declaração manifestamente protelatórios deverá ser penalizada nos termos do art. 774, ou seja, em vinte por cento sobre o valor atualizado do débito.

Outrossim, estabeleceu o legislador um dever, conferido ao juiz, de advertir a parte antes de se aplicar a multa contra os atos indignos em caso de reiteração destes – art. 77, § 1º. Tudo em respeito aos princípios da cooperação [art. 6º] e da não surpresa [art. 9º].

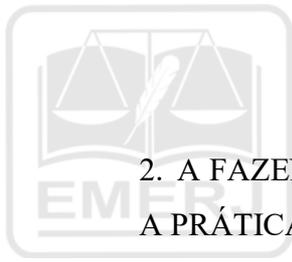
Após a apresentação do instituto, cabe delimitar o objeto deste estudo: a aplicação da multa atentatória à dignidade da justiça, constante no art. 77, § 2º, na hipótese de violação do inciso IV do *caput*, CPC/2015¹² – “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação” – tendo como enfoque a Fazenda Pública.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. MELLO, Cleyson de Moraes. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 631-632.

¹² BRASIL, op. cit., nota 5.



2. A FAZENDA PÚBLICA, OS AGENTES PÚBLICOS, OS ADVOGADOS PRIVADOS E A PRÁTICA DE ATOS INDIGNOS: INEFETIVIDADE DA PUNIÇÃO?

A partir da apresentação do neoprocessualismo e do instituto punitivo-pedagógico da multa contra os atos indignos, busca-se aferir se há uma inefetividade da punição em relação à Fazenda Pública.

Como o art. 77, inciso IV, CPC/2015, deixa claro, trata-se de um dever de todos os sujeitos do processo, inclusive da Fazenda Pública, o de “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”. Quebrado o dever, é de se incidirem as penalidades previstas em lei, as quais, em tese, seriam revertidas para um fundo de modernização do Poder Judiciário, nos termos do art. 97, do mesmo diploma processual.

Ocorre, porém, que a forma pela qual a Fazenda paga uma obrigação pecuniária, independente da natureza creditícia, é por meio do precatório, salvo hipótese de requisição de pequeno valor (RPV), em observância as particularidades impostas pelo art. 100 da Constituição da República de 1988.

Já que se trata de condenação líquida e certa de multa, Leonardo Carneiro da Cunha¹³ nos ensina que:

sendo a Fazenda Pública condenada ao pagamento de quantia certa, sua efetivação ou execução, faz-se mediante cumprimento de sentença, regulado que está nos arts. 534 e 535 do CPC. O procedimento comum do cumprimento de sentença não se aplica à Fazenda Pública.

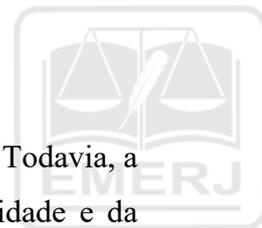
[...]

A expedição de precatório ou a de requisição de pequeno valor depende, por imposição constitucional, do *prévio trânsito em julgado*. [...] O trânsito em julgado, não custa repetir, é necessário, apenas, para a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor.

Por conseguinte, é cediço que os créditos executados em desfavor do ente fazendário não são passíveis de alienação ou de penhora. No procedimento especial, a Fazenda é intimada para apresentar impugnação, e não para pagar; não sofre a penalização da multa de 10% em caso de não pagamento voluntário – art. 534, § 2º combinado com art. 523, § 1º – tendo em vista que não lhe é franqueada essa faculdade.

Quanto ao poder de cautela conferido ao juiz para que previna ou reprima qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça e indefira postulados de natureza protelatória [art. 139, III,

¹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 149-155.



CPC/2015], aplicar-se-á a sanção específica a depender do ato e da fase processual. Todavia, a condenação em atos indignos revelar-se-ia método efetivo, diante da inalienabilidade e da impenhorabilidade dos bens públicos, bem como da observância obrigatória da fila de precatórios ou da expedição de RPV?

A se considerar os métodos tradicionais da Fazenda Pública, a resposta à questão traria uma quebra da isonomia entre as partes do processo – como também há na remessa necessária [art. 496] e nos prazos em dobro com início da contagem a partir da intimação pessoal [art. 183] – e um aumento do descrédito da sanção protetiva da dignidade da justiça.

A análise deste estudo, portanto, volta os olhos ao agente público, pessoa física responsável, em última análise, pela externalização da vontade do ente público.

No diploma processual civil, numa primeira leitura, parece emergir a inaplicabilidade da sanção atentatória aos advogados públicos ou privados, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, uma vez que eventual responsabilidade disciplinar deverá ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, devendo o juiz determinar a expedição de ofícios, nos termos do art. 77, § 6º.

Eduardo Lamy e Pedro Henrique Reschke¹⁴ entendem que:

feliz também é a disposição do § 8º, que ressalta a natureza personalíssima da má-fé processual, de modo que o patrono ou o representante judicial de qualquer natureza não pode ser responsabilizado por atos daquele que representa, salvo se ficar comprovado que também agiu de má fé.

Essa, entretanto, não parece ser a melhor interpretação da *mens legis*. Cunha, citando Marcelo Lima Guerra, defende:

ser admissível a adoção de meios alternativos, não para substituir o sistema de precatórios, mas para assegurar a eficácia prática de meios executivos. Daí sugerir que a referida multa seja imposta contra o agente público responsável pelo cumprimento da medida. Para conferir efetividade ao comando judicial, cabe, portanto, a fixação de multa a ser cobrada do agente público responsável, além de se exigir da própria pessoa jurídica de direito público.

Tal tese dialoga com as inovações trazidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹⁵, incluindo o art. 28: “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.” Ou seja, se por um lado há a penalização dos agentes públicos e dos

¹⁴ LAMY, Eduardo; RESCHKE, Pedro Henrique. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 141

¹⁵ BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.



agentes políticos [ressalvado o Presidente da República, que responde pelos crimes de responsabilidade do art. 85 da CRFB] por atos de improbidade nos termos da Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92¹⁶ – sem que se caracterize em *bis in idem*¹⁷, por outro lado, há uma intenção do legislador em responsabilizar pessoalmente os agentes públicos em caso de dolo ou erro grosseiro.

Vale ratificar que a LINDB introduz as normas de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Por essa razão, as alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, encontram-se em dissonância com o art. 77, § 6º, do CPC/2015, no que se refere a responsabilização dos advogados públicos, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público em caso de dolo ou erro grosseiro.

Quanto aos advogados privados, à luz do art. 133, da Constituição da República de 1988 – “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” – percebe-se que a sua inviolabilidade é na administração da justiça, limitados pela lei. Ou seja, é a inviolabilidade para que se administre a justiça, e não para o advogado que cometa atos atentatórios a dignidade daquela.

Ademais, o Estatuto da Advocacia¹⁸ garante como direito do advogado privado, em seu art. 6º, a “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público [...]”. E, ainda, a Carta Republicana, no *caput* do art. 5º, estabelece o princípio da isonomia e da segurança jurídica.

Dessa forma, quando o legislador tipificou a punição daqueles que participam do processo – os sujeitos do processo – nos vários dispositivos acima elencados, mas, especialmente, no art. 77, inciso IV e § 2º, objeto deste estudo, quis punir não apenas as partes litigiosas, mas toda e qualquer pessoa, natural ou jurídica, agente público ou não, que atente contra à dignidade da justiça [ressalvado o Presidente da República, conforme acima dito].

¹⁶ BRASIL. *Lei de Improbidade Administrativa*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

¹⁷ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009). [...]

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 out. 2018

3. O EFEITO REVERSO DE SOBRECARGAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA NECESSIDADE DE SE COBRAR VIA EXECUÇÃO FISCAL; A CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR E A QUEBRA DA ISONOMIA

Como dantes dito, o CPC/2015 trouxe uma sistemática em busca da efetividade e da celeridade. Desde que entrou em vigor, em março de 2016, tal intenção não tem se concretizado, uma vez que de acordo com recente levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ¹⁹ no ano de 2017, publicado no início de 2018, as ações judiciais não param de subir. Totalizaram 80,1 milhões de ações, sendo que 619.242 correspondem a processos que foram reativados, seja por anulação da sentença, seja por movimentações internas de remessa e de retorno por questões de competência ou de mudança de classe processual.

Sobre a celeridade processual buscada pela lei processual civil, esta não pode ser sinônimo de má prestação jurisdicional. Nessa toada, José Carlos Barbosa Moreira²⁰ expõe que:

para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

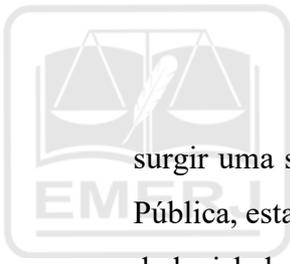
O quadro mais alarmante desse numerário encontra-se sob o pálio das execuções fiscais, que representam 39% do total de casos pendentes e taxas de congestionamento de 92%. Equivale dizer que há 31,2 milhões de execuções fiscais em curso no Brasil, e que seriam necessários 11 anos sem que o Poder Judiciário recebesse novas execuções fiscais, para que liquidasse o atual acervo.

A partir desses dados coletados pelo CNJ, nota-se que o maior litigante de todo o sistema de justiça brasileiro é o próprio poder público, na pessoa das Fazendas Públicas da União, dos Estados e dos Municípios.

Admitida a hipótese de que eventuais atitudes protelatórias perpetradas pela Fazenda estejam limitas às punições ordinárias previstas no diploma processual civil, implica, via de regra, em sobrecarregar o sistema ainda mais. Ora, se de um ato letárgico e protelatório só puder

¹⁹ BRASIL. *Justiça em Números 2018*: ano-base 2017. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018. p. 121-128.

²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102; p. 228-237, abr.-jun. 2001, p. 232.



surgir uma sanção que carecerá, para ser cumprida, de uma nova execução contra a Fazenda Pública, estar-se-á diante de situação na qual “o feitiço volta-se contra o feiticeiro”. A intenção do legislador estará sufocada, diante de uma visão ortodoxa da lei, apegada a uma conceituação extremamente burocrática de administração pública. Essa concepção encontra-se totalmente superada entre os administrativistas modernos e a necessidade de estabelecimento de padrões gerenciais, então conhecidos como *accountability*.

O Estado-administração não pode pretender transitar no melhor dos dois mundos, tencionando escudar-se, confortavelmente, por detrás de interpretações inaceitavelmente protecionistas e fomentadoras de maior litigiosidade e de morosidade do sistema de justiça, em prejuízo da sociedade.

Por essa razão é que aqui se busca que seja possível a aplicação de penalidades diretamente aos agentes públicos, reais participantes, sujeitos do processo, corresponsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais e destinatários do dever legal de cooperação, sem o qual não se mostra possível o atendimento ao mandamento constitucional de duração razoável – e, por que não, racional - do processo.

Nessa esteira de ideias, é de se observar que a aplicação da lei deve sempre ser feita, conforme exposto por Cândido Dinamarco²¹:

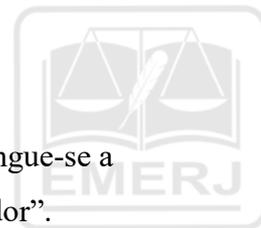
atentando para a advertência, acertada, de que não o processo, além de produzir um resultado justo, precisa ser justo em si mesmo, e portanto, na sua realização, devem ser observados aqueles *standards* previstos na Constituição Federal, que constituem desdobramento da garantia do *due process of law*

Há, ainda, outro vício, de envergadura constitucional, insustentável.

A legislação determina que os recursos oriundos das multas por atos indignos devem ser destinados a um fundo de aparelhamento do Poder Judiciário – art. 97, CPC/2015. A questão que se coloca é o princípio da isonomia e a existência de poderes judiciários apenas da União e dos Estados.

Admitir que as multas processuais tenham de ser cobradas apenas em face dos cofres públicos esbarra em inadmissível tratamento desigual aos entes federativos. Assim o é, porque a União tem suas causas analisadas por sua justiça federal, ao mesmo passo que os Estados o têm por sua justiça estadual. Na hipótese de tais entes sofrerem punições processuais e suas respectivas Fazendas terem de com elas arcar, apresentar-se-ia a figura civil da confusão,

²¹ DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed. V. 1. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 309.



conforme descrita pelo legislador no art. 381, do Código Civil²², ao afirmar que “extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor”.

Ora, o devedor – Fazenda Pública litigante – passaria a dever a um fundo do Judiciário atrelado ao poder público do mesmo ente. Ou seja, ainda que as multas sejam eventualmente pagas, depois de um longo e dispendioso processo judicial, os valores não trocariam de titularidade real, permanecendo na mesma esfera de poder.

Sob outro prisma, haveria grave violação à isonomia e ao pacto federativo, diante da distribuição dos poderes traçadas na Constituição da República de 1988. Da leitura de seu Capítulo III, é fácil perceber que apenas a União Federal e os Estados foram contemplados com tribunais e juízes próprios.

Celso Antônio Bandeira de Mello²³, nos ensina que:

há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura indeterminada;

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator tempo – que não descansa no objeto – como critério diferencial;

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses protegidos constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

Assim, os Municípios não gozariam do mesmo privilégio, diante do fato de que a distribuição de poder constitucional não lhe contemplou um Judiciário próprio. Nesse sentido, portanto, o ente municipal seria o único a, efetivamente, ter sua riqueza invadida como sanção pela prática do ato indigno. Essa situação, por si só, demonstra frontal e clara quebra do pacto federativo, em prejuízo à estabilidade orgânica constitucional.

De todo o exposto, parece mais consentâneo e eficaz admitir que as multas processuais sejam dirigidas aos agentes titulares do poder de decisão e de ordem, reais responsáveis pela exteriorização da vontade estatal no processo.

²² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivII_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.47.



A partir da exposição de motivos do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – aferimos a intenção do legislador infraconstitucional com a harmonização e a padronização de todo o regramento processual civil, bem como com a simplificação dos procedimentos.

Contudo, se de um lado o Código de Processo Civil trouxe um arcabouço de inovações, a fim de dar coesão e celeridade ao processo; de outro, o Estado-Fazenda Pública, permanece fechado, enraizado, limitante e garantidor de todos os privilégios do século passado, ratificados pelo legislador. No meio, o Estado-Poder Judiciário, ao ter que equilibrar essas intenções paradoxais e dar conta da massificação da prestação jurisdicional que, ao fim e ao cabo, prejudicam o jurisdicionado.

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um sistema protecionista em prol da Fazenda Pública, que torna a marcha processual mais lenta. Não há falar em efetividade, celeridade, cooperação, eficiência, em um sistema que foi pensado para ser moroso. Para que se alcance um processo socialmente efetivo, uma sociedade mais justa e solidária, há de se reformular as bases processuais do ordenamento jurídico vigente, no que se refere as execuções fiscais e os benefícios processuais que faz jus o Estado-Fazenda Pública.

O entendimento a que chegou este pesquisador, consubstancia-se na ideia de que a multa contra os atos atentatórios à dignidade da justiça deve alcançar a todos os sujeitos, que de qualquer forma, participam do processo, inclusive os agentes públicos, ressalvando-se o Presidente da República, que possui comando constitucional próprio de responsabilização no art. 85, VII, da Constituição Cidadã.

Esse entendimento decorre das alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, que incluiu o art. 28 na Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro. Ou seja, além de ser lei posterior derogando lei anterior, é também lei introdutória de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Nesse diapasão, além das partes e demais agentes públicos sujeitos do processo, também responderiam os advogados públicos, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público – e também os advogados privados, por respeito ao princípio da boa-fé, da isonomia e da não hierarquia destes – nos casos de dolo ou erro grosseiro, averiguados no próprio processo que se praticou o ato de indignidade, por seu juízo competente, sem prejuízo das demais sanções criminais, civis e de improbidade, bem como as administrativas por seus próprios órgãos de classes e corregedorias, caso haja.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. Justiça em Números 2017: ano-base 2016. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2017

_____. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018.

_____. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 out. 2018

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. Revista de Processo, São Paulo, v. 102; p. 228-237, abr.-jun. 2001.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 20. ed. V. 1. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed. V. 1. São Paulo: Malheiros, 2009.

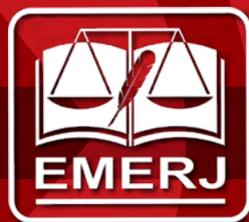


GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. MELLO, Cleyson de Moraes. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

LAMY, Eduardo; RESCHKE, Pedro Henrique. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

IX ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2018. *Carta de Recife*: Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <<https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2018/03/carta-de-recife.docx>>. Acesso em: 18 out. 2018.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br