



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 10 - nº 2 - Tomo II (L/V) - jul./Dez. 2018

Elaborado no 2º Semestre 2018



REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 10 - nº2 - Tomo II (L/V) - 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

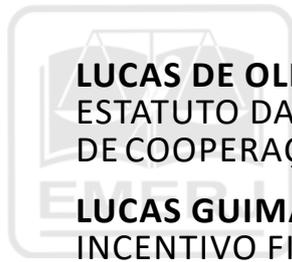
DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

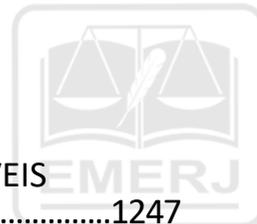
- Néli Luiza Cavalieri Fetzner
- Nelson Carlos Tavares Junior



LAILA CHAVES DE NADER DA APLICAÇÃO E EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	866
LAILA MACHADO CARVALHO CÓLEN A ACEITAÇÃO DO ABORTO EM CASO DE ESTUPRO SERÁ OU NÃO UMA NEGAÇÃO DO DIREITO À VIDA DEFENDIDA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	880
LAÍS DE ARAUJO SOARES O HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO APTO À REDUÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA.....	896
LAÍS LOPES SENNA A TUTELA DO DIREITO À EDUCAÇÃO POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	911
LAURA DUARTE SABIR FERRAZ O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO CONSENSUAL DO PRAZO PREVISTO NO ARTIGO 53 DA LEI Nº 11.101/05.....	926
LEONARDO AUGUSTO DE FREITAS SEQUEIRA O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA INAPLICABILIDADE EM FACE DO MÍNIMO EXISTENCIAL À SAÚDE: UMA DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....	940
LEONARDO DA MATTA SCHAFFLÖR GUERRA A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DA MAGISTRATURA: PONTE OU ABISMO ENTRE A LEI E A JUSTIÇA?.....	954
LEONARDO MADEIRA DE ALBUQUERQUE TRIBUNAL DO JÚRI: POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ROL DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA DE MODO A INCLUIR O DELITO DE LATROCÍNIO.....	968
LÍVIA DE SOUZA GASPARY A PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS: COEXISTÊNCIA DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA E A REPERCUSSÃO SUCESSÓRIA.....	983
LIVIA MARINHO CORRÊA É POSSÍVEL FAZER UMA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA ANENCEFALIA COM A MICROCEFALIA, ASSIM PERMITINDO O ABORTO NESSE ÚLTIMO CASO?.....	999
LOUISE LIMA HENRIQUES A EFICÁCIA DO DANO MORAL COLETIVO NO ASPECTO PEDAGÓGICO DIANTE DAS VIOLAÇÕES SISTÊMICAS AO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	1013
LUCAS APARÍCIO RABELO A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA NO PROCESSO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES COM A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	1030



LUCAS DE OLIVEIRA HILAL ESTATUTO DA METRÓPOLE: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA O FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO.....	1044
LUCAS GUIMARÃES DE PAULA INCENTIVO FISCAL AO DESPORTO NO IRPJ.....	1059
LUCAS OLIVEIRA BRAGA DE COSTA INCONSTITUCIONALIDADE POR QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR, UMA AGRESSÃO À DEMOCRACIA INDIRETA.....	1074
LUÍS HENRIQUE LINHARES ZOUENIN LIMITAÇÕES À EFICÁCIA DAS DECISÕES NAS AÇÕES COLETIVAS.....	1088
LUISA DE CARVALHO SERFATY A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO OFERECIMENTO DE BENEFÍCIOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	1105
LUISA IVA MAIA FORTE O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO DISPENSADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – A PROMOÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL COMO FORMA DE INCENTIVO À ATIVIDADE ECONÔMICA E O CASO DOS INVESTIDORES-ANJOS NAS STARTUPS.....	1120
LUISA SOARES FERREIRA LOBO OS LIMITES DO DOMÍNIO PÚBLICO NO DIREITO AUTORAL SOBRE AS OBRAS DE ARTE BIDIMENSIONAIS.....	1137
LUISA WHITAKER DE ASSUMPCÃO MATTOS TAVARES HIPÓTESE DE INAPLICABILIDADE DE CLÁUSULA DE RESOLUÇÃO AUTOMÁTICA CONTRATUALMENTE PREVISTA EM REQUERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CASO OI.....	1152
LUIZ FELIPE PEREIRA MATTOS A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: REQUISITOS E NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO.....	1168
LUIZA SANTOS ROCHA DE ARAUJO PADILHA A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO ABANDONO AFETIVO.....	1185
MARCELA DE ALMEIDA LEAL AMARAL A APLICAÇÃO DO MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES AO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	1202
MARCIA DA SILVA PEREIRA NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E (IN)APLICABILIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	1217
MÁRCIA LINDSAY CABRAL GOMES A JUDICIALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A DEFINIÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DO ATIVISMO JUDICIAL.....	1233



MARCIO ALVES DA PAZ

A COMPATIBILIDADE ENTRE A NOVA REGRA DO ARTIGO 219, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS.....1247

MÁRCIO MATOS MARTINS

O DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS ESTADOS NA GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS TRANSFRONTEIRIÇOS.....1263

MARCOS ANTONIO LOPES CUNHA

A EXASPERAÇÃO DAS PENAS NOS CASOS DE CONCURSO ENTRE CONCURSO FORMAL E CRIME CONTINUADO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....1280

MARCOS FELIPE DE MEDEIROS ALVES

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: INCONSTITUCIONALIDADE OU REFORÇO À SEGURANÇA JURÍDICA?.....1294

MARIA AMÉLIA THEODORO BOULLOSA

O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....1311

MARIA LUIZA PINTO

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL NA PESSOA DO SÓCIO..... 1326

MARIO AMARO DA SILVA NETO

A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS LOCATÍCIOS RESIDENCIAIS URBANOS EM QUE HAJA PARTICIPAÇÃO DE IMOBILIÁRIA OU LOCADOR PROFISSIONAL.....1340

MICHELLE DE SENA CAMPOS

CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO FUNDAMENTO PARA APLICAÇÃO DA PROGRESSIVIDADE NAS ALÍQUOTAS DO ITBI.....1356

MIGUEL MARQUES DE OLIVEIRA FILHO

ASPECTOS PROCESSUAIS EM SEDE DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS: MEIO DE COERÇÃO LEGÍTIMA OU DESPROPORCIONALIDADE.....1372

NAIARA LISBOA DA SILVA

O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS COMO UMA FICÇÃO JURÍDICA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO – UMA ANÁLISE SOBRE A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....1386

NATALY ALVES GONÇALVES

A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS NA CESSÃO DE CAPACIDADE POR SATÉLITE.....1400

PABLO FELGA CARIELLO

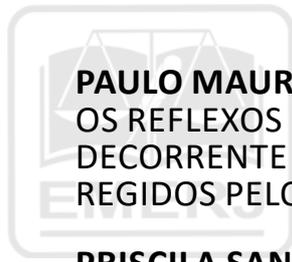
DA MANUTENÇÃO DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DE ASTREINTES VENCIDAS, À LUZ DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ARTIGO 537, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....1417

PAULA LIRA DE THAUMATURGO

MORTE DE DETENTO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....1431

PAULO BRANT PESSOA

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: A VEDAÇÃO À EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.....1445



PAULO MAURÍCIO DE SOUZA DOS SANTOS

OS REFLEXOS NA SOCIEDADE DIANTE DA PARTILHA DE QUOTAS SOCIAIS
DECORRENTE DA EXTINÇÃO DE VÍNCULO CONJUGAL NOS CASAMENTOS
REGIDOS PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS.....1461

PRISCILA SANTOS FEITOSA

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA
DA PENHA À MULHER TRANSEXUAL.....1476

RACHEL SANT`ANNA BIVAR

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DAS ASTREINTES VENCIDAS
À LUZ DO NOVO CPC.....1491

RAFAELA INNECCO CANELAS

A MITIGAÇÃO DA NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA EM PROTEÇÃO À LIVRE
CONCORRÊNCIA.....1506

RAFAELA MOURA GRUNER

BIOGRAFIA NÃO AUTORIZADA: PARÂMETROS PARA REPARAÇÃO EFICAZ DE
DANOS E ARRECADAÇÃO CONJUNTA DE DIREITOS AUTORAIS.....1520

RAPHAEL BAHIA PEREIRA

UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DOS LIMITES PARA EXPEDIÇÃO DE MANDADO
DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO/GENÉRICO.....1535

RAQUEL CASAIS DUTRA

INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL E A AUSÊNCIA LEGISLATIVA DIANTE DO
CENÁRIO ECONÔMICO MUNDIAL.....1549

RAYENE FORTES DE CASTRO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ALIMENTANTE DIANTE DA LITIGÂNCIA DE
MÁ FÉ DO ALIMENTADO.....1564

RENAN FERREIRA DO DESTERRO

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA
OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL.....1578

RENATO KEMP LUSITANO

RELEITURA DO ARTIGO 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL – HARMONIZAÇÃO DOS PODERES DA REPÚBLICA.....1595

RENATO PASSOS AGUIAR

TEORIA CONCRETISTA SOB O ENFOQUE DO ATIVISMO JUDICIAL:
A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL FACE À INÉRCIA DO LEGISLATVO.....1609

RENATO SOARES DA SILVA

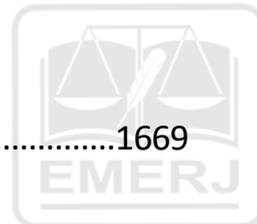
A PENHORA PARCIAL DO SALÁRIO COMO MECANISMO DE GARANTIA DA
EFETIVIDADE DA JUSTIÇA.....1624

ROBERTA PEREIRA MALVACCINI

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS À
AUTONOMIA DA VONTADE COMO NORMA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....1639

RODRIGO BASTOS GARRIDO

A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....1655



RODRIGO DE BRITO ALBUQUERQUE SANTOS A NÃO NECESSIDADE DE SEGURO EM OBRAS PÚBLICAS.....	1669
RODRIGO SANTOS DE AZEVEDO O DEVER DE INDENIZAR PELO ABANDONO AFETIVO COMO FORMA DE DISTANCIAMENTO ENTRE PAIS E FILHOS.....	1683
RÔMULO VINICIUS OLIVEIRA DE FARIA A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	1697
SEBASTIÃO PEREIRA DA SILVA JÚNIOR O AUXÍLIO DA METÓDICA ESTRUTURANTE PARA PENSAR A DECISÃO.....	1711
TAMÍRES DE MORAIS TINOCO O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO AOS TRIBUTOS FEDERAIS ATÉ 20 MIL REAIS À LUZ DA DECISÃO DO STJ: UMA NECESSIDADE DE REANÁLISE CONFORME O GARANTISMO PENAL INTEGRAL.....	1726
TATIANE LIMA RIBEIRO O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A INDÚSTRIA DO TABACO: UMA ANÁLISE À LUZ DO JULGAMENTO DA ADI Nº 4874/STF.....	1740
THAÍS DE VASCONCELLOS COSTA A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS USUÁRIOS DE CRACK: DIREITO À SAÚDE OU MEDIDA DE HIGIENIZAÇÃO SOCIAL.....	1756
THAMIRES DE JESUS RIBEIRO DIAS AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA EFICÁCIA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO FRENTE À SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA.....	1770
THAYNARA DA CONCEIÇÃO DE SOUZA COLABORAÇÃO PREMIADA: OS LIMITES DA ATUAÇÃO ESTATAL NESTE MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL.....	1786
THIAGO CAMPOS BORBUREMA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS EM CASO DE INEFETIVIDADE E OMISSÕES NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	1801
THIAGO MARCELO FRANCISCO DOS SANTOS A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS ALIMENTOS.....	1816
VICTOR DE ALMEIDA COZENDEY PROCESSO DE ADOÇÃO E A PROBLEMÁTICA ACERCA DOS DANOS CAUSADOS A CRIANÇA DEVOLVIDA.....	1833
VINICIUS PIRES VAZ DE AZEVEDO A APLICABILIDADE DA DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	1847
VIVIANE ALMEIDA DA SILVA COMITÊS DA DIVERSIDADE E EFICIÊNCIA NO JUDICIÁRIO.....	1862



DA APLICAÇÃO E EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Laila Chaves de Nader

Graduada pelo Instituto Vianna Júnior de Juiz de Fora. Advogada.

Resumo – Após escândalos sobre os vultosos desvios de verbas públicas, o tema do presente artigo se mostra fundamental no âmbito administrativo das contratações públicas. Com relação aos contratos administrativos há uma grande discussão sobre quais fundamentos devem norteá-los, se é o interesse público ou se apenas o interesse dos representantes do povo. Na mesma linha, é necessário para uma maior lisura nas contratações públicas a observância dos princípios constitucionais e administrativos de ambos os lados da relação contratual. Por fim, discute-se a necessidade da implementação de programas de integridade nas contratações públicas com o intuito de afastar de vez qualquer possibilidade de desvios de verbas públicas. Entende-se que tal implementação acarretará ônus a uma das partes da relação contratual, porém se faz necessário, devendo ser compatibilizado possíveis riscos.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Contratações Públicas. Probidade. Programas de Integridade.

Sumário – Introdução. 1. Os Contratos Administrativos e a satisfação do interesse público. 2. A Observância aos princípios que norteiam a Administração Pública e sua relação com a probidade nas contratações. 3. Da necessidade e efetividade da implementação de programas de integridade nas contratações públicas e suas possíveis consequências. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado discute a necessidade da urgente implementação de programas de integridade nas contratações públicas tendo em vista o cenário pernicioso que se encontra o país. Sendo indispensável que a ética estenda seus efeitos concretos as contratações com a administração pública, de modo a permitir que a renovação das relações público-privadas busquem o desenvolvimento nacional e a diminuição da corrupção e consequentemente a pobreza, a desigualdade e o enriquecimento ilícito no Brasil.

O combate à corrupção é um desejo coletivo, mas as respostas para enfrentá-la nem sempre são fáceis de encontrar. Mais do que boas intenções, é preciso pensar em arranjos normativos e institucionais que criem os incentivos certos para os gestores públicos. Trata-se de um desafio central para o direito contemporâneo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a temática dos contratos administrativos públicos, analisando se eles devem buscar apenas o melhor preço e até que

ponto o interesse público é considerado para a administração pública.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a corrupção é um problema de questão social, econômica e jurídica, evidenciando a necessidade de seguir os preceitos fundamentais e implementar outros métodos que possam combatê-la efetivamente.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade da implementação de programas de integridade nas contratações públicas, como muitos Estados no país já o fizeram, e de que forma isso dará uma maior efetividade e lisura nas contratações para a prestação dos serviços públicos. Bem como, os fatores desfavoráveis dos programas de integridade.

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.

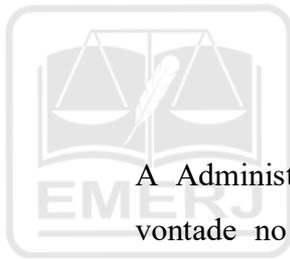
1. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

De início, é imperioso destacar que a administração pública no desempenho de suas funções deve respeitar não só a lei, mas todo o direito, especialmente os princípios constitucionais. O artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹ consagra cinco princípios do direito administrativo, quais sejam: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O Estado deve dar um tratamento igualitário a todos, devendo lembrar-se da concepção de igualdade material, que significa a possibilidade de tratamentos desiguais entre pessoas que estão em situações desiguais. Assim, a atuação administrativa para ser válida não basta que seja adequada a letra fria da lei, é preciso que ela alcance padrões éticos de conduta.

Cada vez mais o ordenamento jurídico consagra instrumentos que implementam o princípio da moralidade à Administração Pública, trazendo como grande fundamento a ideia de democracia e transparência, pois a atuação por vezes pode ser legal porém não atende as noções éticas e morais que devem regular a nossa administração.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.



A Administração Pública, utiliza-se dos contratos administrativos para manifestar a sua vontade no desempenho de suas atividades administrativas bem como, para atender ao interesse público. Assim, para uma melhor compreensão sobre a temática em face dos contratos administrativos é necessário conhecer o seu conceito e suas especificidades.

Conforme explica Rafael Carvalho Rezende de Oliveira², “a expressão contratos da Administração é o gênero que comporta todo e qualquer ajuste bilateral celebrado pela Administração Pública.”

Sendo assim, se destacam duas espécies de contratos administrativos, a primeira, denominada de contratos administrativos, que englobam contratos tipicamente públicos, e a segunda espécie, que são os contratos privados da Administração Pública, regulados pelo direito privado, como exemplo, um contrato de locação dentro da Administração.

No contrato administrativo a administração pública está numa posição de superioridade ao particular, esse desequilíbrio contratual é caracterizado pela presença de cláusulas exorbitantes. Portanto, no geral os contratos administrativos são desequilibrados em favor da administração.

Devem ser observadas algumas características em um contrato administrativos, são elas: o formalismo moderado, a bilateralidade, a comutatividade, o desequilíbrio e ser personalíssimo.

Outra regra fundamental nas contratações da administração pública é a obrigatoriedade da adoção do procedimento licitatório para efetuá-las, sendo que a dispensa de licitação e a inexigibilidade de licitação são exceções.

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira conceitua a licitação como³,

o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei, com o objetivo de garantir a isonomia, selecionar a melhor proposta e promover o desenvolvimento nacional sustentável, por meio de critérios objetivos e impessoais, para a celebração de contratos.

Portanto, a licitação é uma das maiores formas elegidas pela Administração Pública para a celebração de contratos. Em outras palavras, é um processo por meio do qual a Administração Pública elege a melhor proposta e com o proponente celebra um contrato, portanto, em tese diz-se que o principal objetivo da licitação é selecionar a proposta mais vantajosa.

²OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 483.

³ *Ibid.*, p. 377.

O proponente que apresentar a proposta mais vantajosa de acordo com um dos critérios objetivos previamente definidos no edital será o escolhido, mas não se trata apenas de uma questão de preço pois em alguns casos o poder público pode prezar pela qualidade e pagar a mais, pela técnica ou outro critério.

Eis que surge o ponto principal, o poder público nas licitações e contratações públicas não devem sempre buscar o menor preço, ele deve promover o desenvolvimento nacional sustentável. Ou seja, o poder público fará a licitação e a contratação devendo observar para que o real objetivo seja efetivado e o interesse público satisfeito.

O Estado deve utilizar o seu poder de compra, as licitações, para promover direitos sociais, consagrando a função regulatória da licitação. Pois, em regra, os contratos administrativos têm valores vultuosos, o que vem gerando grande corrupção e esvaziamento dos cofres públicos e desvirtuando-se do seu principal papel.

O art. 23 da Lei nº 8666/93⁴, a lei que regula as Licitações, prevê cinco “modalidades” de licitação, quais seja: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Além das modalidades previstas expressamente no dispositivo legal há ainda duas “modalidades” fora da lei de que é o pregão e a consulta. Isso significa que, a depender do objeto ou serviço que se irá contratar e também a depender do valor dessa contratação, a lei obriga que o administrador público adote determinada modalidade de licitação.

A partir da premissa da função regulatória das licitações públicas, parece razoável a exigência de programa de integridade efetivo por parte das empresas que pretendem participar de licitações públicas, notadamente nos casos de contratações de valores elevados.

A Administração faz às vezes de fiscalizador da lucratividade da iniciativa privada, o que agrava sua competência, e acaba prejudicando a economicidade dos processos licitatórios. Dessa forma, o uso do poder de compras do Estado deve ser uma ferramenta importante para alavancar uma cultura empresarial de integridade.

As fraudes licitatórias trazem enormes prejuízos orçamentários, nos últimos anos essas fraudes a licitação alcançaram lugar de grande destaque nos meios de comunicação em massa e principalmente no meio acadêmico, por sua tão grande importância, uma vez que eles violam de forma gravosa o regime jurídico administrativo, sendo voltada apenas para o bem individual, onde os recursos desviados poderiam ser respeitosamente destinados a realização de um interesse coletivo.

⁴BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.



Infelizmente no Brasil, a administração pública é governada por políticos facilmente corrompidos, e as licitações feitas por agentes de má-fé são os meios utilizados para desvios de dinheiro público. Havendo uma necessidade de maior interação entre os setores públicos da administração, os setores privados e a população, a fim de reduzir significativamente a corrupção nos contratos públicos.

O país está vivenciando uma terrível situação social, política e econômica em decorrência dos infelizes episódios de corrupção que se repetem diariamente em todos os cantos e poderes do país. Vê-se na prática que a assinatura dos contratos administrativos é, há tempos, ditada em sua grande maioria pelo montante de propinas e subornos pagos, bem como pela influência de certas empresas dentro do congresso nacional e do executivo.

Sendo assim, se o titular do poder é o povo e o exercício do poder é efetivado por representantes do povo, é necessário uma maior transparência e publicidade dos atos da administração que desvia dinheiro da população, para que os titulares do poder possam controlar os atos da administração e analisar quais razões o levaram a praticar esse ato.

O presente capítulo demonstrou que a exposição midiática de tais fatos estimulou ainda mais a discussão da corrupção nas contratações públicas, principalmente nas licitações na sua fase pré-contratual. Todavia, um certame realizado dentro da lei não garante, por si só, a superação da corrupção, é preciso avançar na efetivação de mecanismos que garantem maior lisura às contratações estatais e observância do interesse público.

2. A OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA RELAÇÃO COM A PROIBIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Quando se fala em proibidade nas contratações públicas o primeiro aspecto a ser considerado diz respeito à técnica legislativa. No ordenamento jurídico brasileiro, existem diversos dispositivos que seguem uma técnica legislativa no sentido de enunciar uma série de princípios, tais princípios devem ser observados na aplicação da lei, pois o legislador encampou caráter normativo a eles, podendo até mesmo ser alegada uma possível afronta à segurança jurídica de consequências desfavoráveis para quem os descumpre.

Os princípios podem construir obrigações, como no caso do Estado com os cidadãos, devendo ser considerados no momento de interpretação de toda a lei. Ainda sob o prisma da técnica legislativa observamos que o modelo adotado pela Lei nº 8666/1993⁵, a lei que rege as

⁵BRASIL, op. cit., nota 4.



Licitações, vem se repetindo em outros diplomas normativos, como por exemplo no artigo 31 da Lei nº 13.303/2016⁶, a Lei das Estatais, que exibe um rol de princípios a serem observados nas contratações e nas licitações públicas. Assim, em ambos os casos é necessária a observância aos princípios.

É necessário ater-se ao estudo dos princípios da moralidade e da probidade que norteiam a Administração Pública e o tema abordado neste trabalho, por chamar atenção a coexistência entre esses dois princípios. A funcionalidade dos princípios é determinar que algo seja realizado da melhor forma possível, tendo uma dimensão objetiva, auxiliando na interpretação de todo o sistema.

Ao falar de moralidade, remete-se a uma visão muito complexa, a uma conduta que se ajusta ou não a moral, sendo possível uma intuição do que é moral, porém definir a moralidade é bem mais complexo do que se imagina. A moralidade administrativa poderá ser definida como uma moral colhida no ambiente institucional, ela irá se formar a partir das diretrizes comportamentais vigentes no ambiente institucional, essas diretrizes irão delimitar a moralidade administrativa e impedir que ela se desvirtue, desenvolvendo-se na direção em que a juridicidade o permitir.

Assim, surge a dúvida de quais são os padrões de conduta esperados de um administrador público. A partir desses padrões de conduta oferecidos por regras e princípios regentes da atividade estatal, deverão ser extraídos os valores suficientes a alimentar a moralidade administrativa.

A legislação pátria faz menção à probidade em diversos textos, porém nem toda menção tem o mesmo sentido. A probidade deriva do latim como aquilo que se desenvolve bem, a probidade tem como sinônimo a honestidade. A base da improbidade é a injuridicidade, quando os agentes públicos afrontam regras e princípios da atividade estatal irão praticar atos de improbidade, mas para que isso não alcance proporções absurdas é necessário a observância da proporcionalidade.

A probidade como um princípio para as contratações administrativas seria uma forma de especificação da moralidade administrativa, uma parcela específica da moralidade administrativa, equivalente a juridicidade. A probidade nas contratações públicas vem sendo um debate recente devido a uma crise profunda ética no Brasil, com a deflagração da Operação Lava Jato que denunciou diversos desvios, especialmente em contratações

⁶BRASIL. *Lei nº 13.303*, de 30 de junho 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.



envolvendo o poder público, desencadeando uma maior preocupação com a moralização nas contratações públicas.

No campo legislativo, não faltam normas ou leis. Existem várias normas que lidam com maior ou menor intensidade no combate à corrupção, porém tais normas não são efetivas. É necessária a implantação de medidas para diminuir a chance de ocorrerem atos de corrupção nas licitações e contratações públicas.

Para garantir uma maior lisura nas contratações públicas se faz necessária também uma maior capacitação técnica dos agentes públicos que lidam com as licitações e contratações públicas, do mais alto até o mais baixo cargo. É necessário também o fortalecimento da autonomia dos órgãos de controle interno, para que não fique em foco apenas o controle repressivo da improbidade, quanto melhor for o controle preventivo menos desvios ocorrerão.

É necessária uma maior segurança jurídica nas contratações públicas, pois a falta de clareza nos contratos e nos termos favorecem os desvios. Sendo assim, a falta de interesse na maior clareza dos termos dos contratos realizados pela Administração dá a entender que exista algum tipo de acordo por fora privilegiando os envolvidos, violando os princípios da Moralidade e da Probidade administrativa.

Para uma maior segurança jurídica é necessário um planejamento da atuação administrativa, algo que se leve a longo prazo e não se encerre com o mandato vigente. Devendo também ser rediscutidas as cláusulas exorbitantes que fazem parte do contrato administrativo, por essas caracterizarem uma insegurança ao contratado eleva os valores do contrato para a administração pública. Surgindo a necessidade da contratação de auditorias independentes para uma efetiva fiscalização dos contratos administrativos, de forma qualificada.

Há de se verificar que legislações abundam no ordenamento jurídico para combater a corrupção, sendo certo que a insatisfação da sociedade no que tange a sua efetiva minoração só faz aumentar. Ao que parece, apesar da edição de legislações acerca do tema ser importante instrumento de combate à corrupção. Parece insuficiente para conseguir erradicar o problema. O que falta é uma mudança de cultura, uma maior eficiência e observância dos princípios que norteiam a administração pública, uma maior preocupação daqueles que lidam com as contratações públicas.



3. DA NECESSIDADE E EFETIVIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS

A probidade nas contratações públicas é um debate especialmente recente por motivos não necessariamente nobres, vive-se uma crise profunda ética no Brasil. A Operação Lava Jato denunciou diversos desvios, especialmente em contratações envolvendo o Poder Público e, por isso, é natural a preocupação com a moralização nas contratações principalmente nas contratações públicas. O Estado passou a exigir a implementação de programas de controle para diminuir riscos de desvios na execução dos seus contratos, surgindo então a tentativa de diminuir certos desvios.

Tal contexto resultou na regulamentação da Lei Anticorrupção Brasileira⁷ ou Lei da Empresa Limpa, em 2013, com a posterior expedição do Decreto nº 8420/2015, que dentre outras finalidades, alertou as empresas privadas para a necessidade de adoção de práticas mais efetivas de programas de integridade. O decreto em seu artigo 41 traz a definição do programa de integridade como⁸

[...]conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e de aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Entende-se que o plano de integridade é um documento único que contém, de maneira sistêmica, um conjunto organizado de todas as medidas que devem ser implementadas, em um período determinado de tempo, com a finalidade de prevenir, detectar e remediar as ocorrências de quebra de integridade nos órgãos e entidades públicas.

Vale ressaltar que o ordenamento pátrio não foi o pioneiro ao criar normas e se preocupar no combate à corrupção, nos Estados Unidos há legislação sobre as práticas de corrupção realizadas por entes sujeitos à jurisdição dos Estados Unidos, a chamada “Foreign Corrupt Practices Act – FCPA”⁹. Da mesma forma, o Reino Unido possui norma de

⁷BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>. Acesso em: 22 jun. 2018.

⁸BRASIL. *Decreto nº 8420*, de 18 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 22 jun. 2018.

⁹TORREY, Daniel. *FCPA cria sanções no combate à corrupção comercial*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-11/fcpa-cria-sancoes-combate-corrupcao-comercial-internacional>>. Acesso em: 22 jun. 2018



anticorrupção denominada “United Kingdom Bribery Act- UKBA”¹⁰ e, em março de 2011, o Ministério da Justiça daquele país publicou dois documentos com orientações relevantes com procedimentos básicos que devem formar o conjunto de estratégias de uma organização para a prevenção de eventos de corrupção.

Diante da necessidade de rígido combate a corrupção o Estado do Rio de Janeiro deu um passo à frente criando a Lei Estadual nº 7.753/2017¹¹, que passou a exigir programas de integridade das empresas que vierem a contratar com o Estado do Rio de Janeiro que sejam de vultosos valores econômicos, diminuindo o risco de desvios durante a contratação. Entende-se por valores vultosos os contratos de licitações na modalidade de concorrência regidos pelo Decreto nº 9412/2018¹².

A concorrência é a modalidade de licitação mais complexa e rigorosa da Lei nº 8666/93¹³, sendo utilizada para contratações que envolvem grandes quantias. Envolve quaisquer interessados e exige uma publicidade maior. Nesta espécie, os interessados deverão, já na fase inicial da habilitação preliminar, comprovar que possuem requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução de seu objetivo.

Portanto o critério que define a modalidade de licitação e que deverá ser utilizada é baseado no valor da contratação e, atualmente, a licitação pela modalidade de concorrência exige contratos de valores acima de três milhões e trezentos mil reais para obras e serviços de engenharia. E, valores acima de um milhão e quatrocentos e trinta mil reais para compras e serviços que não sejam de engenharia.

Na mesma linha, o Distrito Federal editou a Lei nº 6.112/2018¹⁴, que dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação de programas de integridade pelas empresas interessadas em contratar com os órgãos e entidades daquele ente da Federação.

A Lei de Anticorrupção¹⁵ além de conter no seu texto legal medidas que combatam a

¹⁰BARBOSA, Carlos Henrique Barbosa. *O que a Rolls-Royce pode ensinar à Odebrecht*. Disponível em <<http://mercadopopular.org/2017/03/o-que-rolls-royce-pode-ensinar-odebrecht/>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

¹¹BRASIL. *Lei nº 7753*, de 17 de outubro de 2017. Disponível em: < <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

¹²BRASIL. *Decreto nº 9412*, de 18 de junho de 2018. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9412-18-junho-2018-786866-publicacaooriginal-155861-pe.html>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

¹³BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁴BRASIL. *Lei nº 6112*, de 02 de fevereiro de 2018. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356400>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 5.



corrupção, prevê o programa de integridade, também popularmente conhecido como “compliance”¹⁶, como parâmetro para aplicação de sanções previstas na lei para as pessoas jurídicas que praticarem atos lesivos à administração pública.

Surge então uma das grandes divergências, de qual é o momento correto para a exigência dos programas de integridade nas contratações públicas. A Lei de Licitações é omissa com relação a isso e não consta no seu rol de documentos exigidos pelo art. 27¹⁷ que o programa de integridade seja requisito de habilitação para participar de uma licitação. Então, de início, entende-se que não deverá ser exigido o programa de integridade na habilitação para participar da licitação.

Diante de tal lacuna a Lei do Estado do Rio de Janeiro¹⁸ trouxe uma solução mais adequada, ao invés de exigir o programa de integridade como requisito de habilitação para que a empresa possa participar da licitação, diz que a empresa poderá ser contratada mesmo sem o programa mas terá o prazo de 180 dias para criá-lo e caso não crie ele incorrerá em multa diária de 10% (dez por cento) do valor do contrato ou podendo até mesmo em certo momento ser rescindido.

O único grande problema da implementação dos programas de integridade é que por se tratar de uma obrigação contratual, a exigência encarecerá os custos dos contratos e retirará potenciais licitantes do páreo, principalmente empresas menores com orçamentos apertados, fato comum em tempos de crise. E tanto a Lei Fluminense¹⁹ como a Lei Distrital²⁰ preveem que para a efetiva implantação do programa de integridade, as despesas correrão à conta da empresa contratada, não cabendo ao órgão contratante o seu ressarcimento.

A Lei Anticorrupção transformou a probidade administrativa na mais absoluta realidade, não havendo mais espaço para indagações à respeito da necessidade de sua implementação, considerando que a lei em comento estende a todas as empresas do setor privado, previsão de penalidades que pode, inclusive, impossibilitar a continuidade de suas atividades.

É certo que um programa de integridade é custoso, pois envolve uma avaliação criteriosa de riscos e requer, por muitas vezes, o apoio de consultores externos especializados, mas mesmo diante desse ônus, denota-se que a real implantação de programas de integridade nas

¹⁶Compliance vem do verbo inglês “*to comply*” o qual significa cumprir, executar, estar em conformidade com regulamentos internos e externos impostos às atividades das empresas. Estar em Compliance significa o agir ético e de acordo com as normas de uma empresa e seus funcionários. O Compliance vai muito além do cumprimento de determinações legais e regulamentares, incorporando princípios de conduta ética.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 9.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 11.



contratações públicas é necessário e trará maior lisura nas negociações e uma maior transparência com relação a administração pública gerando a satisfação da população.

CONCLUSÃO

Desde o advento da Lei Anticorrupção o tema dos programas de integridade nas contratações passou a ser discutido no âmbito do setor público e privado. Novas regras foram editadas recentemente e outras estão sendo discutidas no âmbito dos parlamentos estaduais e municipais, propondo a necessidade de exigências para a contratação pública que redefinem o papel dos programas de integridade nas empresas, a partir de múltiplas ações.

Apesar do avanço legislativo, respaldado inclusive em legislações internacionais falta debate sobre o tema com a sociedade, para que o Brasil possa igualar aos países estrangeiros, dando efetividade à política de combate à corrupção. Pois os desvios dos recursos públicos causam sensação na sociedade de que o dinheiro público vem escorrendo para esgoto.

A Lei Anticorrupção é um progresso sem precedentes. Por isso, espera-se que ela não sofra retrocessos, exigindo-se da administração pública, adequação aos seus parâmetros. As empresas que inobservarem as regras contidas na legislação brasileira sobre a temática, podem responder pelas responsabilidades administrativa, civil e penal, além da suspensão do direito de licitar e contratar com a administração pública.

Nesse cenário, os princípios que norteiam a administração pública devem ser respeitados com o objetivo de alcançar os interesses da coletividade. E diante das recentes mudanças do cenário normativo no âmbito das contratações públicas, mostra-se clara a necessidade de que empresas que contratem com a Administração Pública implementem e tornem efetivos os seus programas de integridade, em curto espaço de tempo, como uma forma de aumentar a credibilidade da população.

Fato que a exigência geral e indiscriminada de adoção de programa de integridade por parte de empresas contratadas pelo governo federal, ainda que se estabeleça um critério de corte baseado em determinado valor contratual, trará custos certos e benefícios incertos.

Verifica-se que norma nem legislação não faltam para combater a corrupção, que falta é uma mudança de cultura, uma maior eficiência e observância aos princípios que norteiam a administração pública, uma maior preocupação por parte daqueles que lidam



com as contratações públicas.

Apenas com o amadurecimento e uma maior participação da população na vida pública será possível o controle efetivo da corrupção e o fortalecimento das instituições nacionais, prerrogativa indispensável a efetividade das leis e a moralização da Administração Pública.

Em suma, os programas de integridade são necessários e deverão se tornar obrigatórios para que as contratações públicas sejam feitas de forma transparente e íntegra, visando o benefício da sociedade e afastando-se de todo o cenário de corrupção atual no país.

BARBOSA, Carlos Henrique Barbosa. *O que a Rolls-Royce pode ensinar à Odebrecht*. Disponível em <<http://mercadopopular.org/2017/03/o-que-rolls-royce-pode-ensinar-odebrecht/>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. *Lei Anticorrupção*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/112846.htm?TSPD_101_R0=9f7e29b40629e07e2ab434f773b4eb40x4V000000000000000003f14ebbfff0000000000000000000000000000000005ae1346100f681dcdd](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/112846.htm?TSPD_101_R0=9f7e29b40629e07e2ab434f773b4eb40x4V000000000000000003f14ebbfff00000000000000000000000005ae1346100f681dcdd)>. Acesso em 24 abr 2018.

_____. *A Lei Estadual nº 7753/2017 do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/0b110d0140b3d479832581c3005b82ad?OpenDocument&Highlight=0,7753>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. *Lei Distrital nº 6112/2018*. Disponível em: <https://www.tc.df.gov.br/SINJ/Norma/3bf29283d9ea42ce9b8feff3d4fa253e/Lei_6112_02_02_2018.html>. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 7149/2017*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=426F9A90A2F2EDD472D4B233CA720E00.proposicoesWebExterno1?codteor=1541289&filename=A vulso+-PL+7149/2017>. Acesso em 23 de abr de 2018.

_____. Decreto nº 8420, de 18 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 22 jun. 2018.

_____. Decreto nº 9412, de 18 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9412-18-junho-2018-786866-publicacaooriginal-155861-pe.html>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.



MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo; Malheiros, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6.ed. São Paulo: Método, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As licitações na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais): mais do mesmo? *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n.230, publicado em 09.08.2016.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TORREY, Daniel. *FCPA cria sanções no combate à corrupção comercial*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-11/fcpa-cria-sancoes-combate-corrupcao-comercial-internacional>>. Acesso em: 22 jun. 2018.



A ACEITAÇÃO DO ABORTO EM CASO DE ESTUPRO SERÁ OU NÃO UMA NEGAÇÃO DO DIREITO À VIDA DEFENDIDA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Laila Machado Carvalho Cólen

Graduada pela Faculdade Estácio de Sá.

Resumo – Por meio desta pesquisa observa-se que, apesar de o estupro ser uma ação violenta, que além de ferir o corpo fere também a alma e maltrata toda uma família, esse fato infelizmente não será mudado por nenhuma atitude que a vítima venha a tomar e essa dor permanecerá nela e em sua família para sempre. Desse modo, vindo a ocorrer uma gravidez indesejada oriundo desse ato, deve se pensar que ali existe uma vida que, após o parto não dependerá mais de sua genitora para sobreviver e que esse corpo dentro da mulher não lhe pertence, mas sim ao próprio ser ali existente. Assim, tendo em vista que a adoção da teoria concepcionista no Brasil deve proteger essa vida que é saudável e viável lhe garantindo o direito de se desenvolver e nascer, ponderando os direitos fundamentais da genitora e do nascituro, observando que a Constituição Federal a todo tempo protege a vida, não permitindo que essa seja cessada por nenhum motivo. Portanto, a vítima de estupro que engravidou a partir desse ato, caso não seja capaz de tomar essa criança para si como fruto de uma produção independente e amá-la, poderá entregar essa criança para adoção, considerando o grande número de pessoas que aguardam em filas na esperança de ter um filho para chamá-lo de seu, não importando a origem nem tampouco a filiação por ser o amor o rompimento de toda e qualquer barreira.

Palavras-chave – Direito Penal. Crime de estupro. Aborto. Direito a vida. Inconstitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. Do crime de estupro e o direito da mulher ao seu corpo. 2. Do aborto de um feto saudável como direito de esquecimento da violência sofrida: Uma breve reflexão. 3. A aceitação do aborto será ou não uma negação do direito à vida defendido pela constituição de 1988. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo discutir a constitucionalidade do aborto de um feto saudável pelo fato da gestação ser derivada de estupro, como forma de esquecimento do sofrimento causado pelo ato. Procura-se demonstrar o direito fundamental à vida que deve ser protegida desde a concepção e dar alternativas ao aborto, preservando-se a vida da mãe que teve uma gravidez indesejada e do bebê que não teve culpa do ato sofrido pela mãe.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias apresentando as divergências sobre o momento que se começa a vida e aos que defendem o direito fundamental a vida desde a concepção, as leis espaciais, a Constituição Federal e seus princípios e o Pacto de São José da



Costa Rica, na busca de reafirmar o início da vida desde a concepção e o direito fundamental que deve ser protegido pelo Estado.

A Constituição Federal estabelece o direito fundamental à vida e a protege em todas as suas formas, não permitindo a pena de morte nem mesmo em crimes bárbaros em tempos de paz. Ela prevê também que a pena não deve passar da pessoa do apenado, desse modo vamos observar que a Constituição de 1988 não recepcionou o aborto em caso de estupro, pois neste caso a ponderação feita aos direitos fundamentais é entre a vida do feto e a dignidade da genitora, privilegiando hoje a dignidade frente à vida, o que não se mostra razoável, considerando que o pacto de São José da Costa Rica, o qual somos adeptos, protege a vida desde a sua concepção.

O tema merece atenção, pois com a proposta da emenda constitucional nº 181/2015, que pretende criminalizar todos os casos de aborto previstos em lei independentemente de seu motivo, assim, ainda que haja risco de vida da genitora, quando deve haver ponderação entre a vida da gestante e do feto, ou quando o feto for anencéfalo, quando a única vida a ser tutelada é a da gestante, o aborto não será possível de forma legal e a mulher que praticá-lo estará cometendo crime o que torna a discussão extremamente necessária.

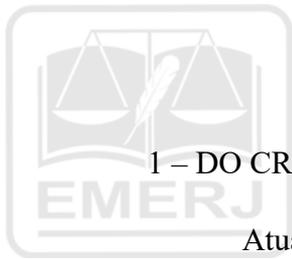
Para tanto, será abordada no primeiro capítulo a violência contra mulher na forma de estupro, o sofrimento vivido por conta do ato e o direito dela ao próprio corpo.

No segundo capítulo, abordam-se os males causados pelo aborto, a capacidade civil do feto e o seu direito à vida, vislumbrando a adoção como saída aquela criança nascida e rejeitada.

No terceiro e último capítulo, serão trabalhadas as questões constitucionais sobre o direito à vida, a qual é garantida a todo indivíduo mesmo que sua vida seja advinda de um crime como o caso do estupro, cuja vítima direta é a mulher e indireta a criança concebida desse ato ofensivo.

A pesquisa visa a defender a vida, atacando todo e qualquer entendimento que favoreça o aborto, as quais serão submetidas a análise crítica e confronto fático, para verificar quais hipóteses que persistem como válidas.

Para tanto, o tema tem em sua pesquisa o estudo da legislação como base principal, visando a entender e interpretar os fenômenos jurídicos que influenciam os institutos do Direito sob a ótica constitucional, doutrinária e jurisprudencial e ainda, utilizar artigos que tratam do assunto.



1 – DO CRIME DE ESTUPRO E O DIREITO DA MULHER AO SEU CORPO

Atualmente no Brasil encontra-se em vigor o código penal de 1840, o qual considera crime a prática de aborto, conforme dispõe nos artigos 124-127¹, não se punindo o aborto quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante, neste sentido os artigos indicam as penas aplicadas em cada caso particular quando, a gestante provocar aborto em si mesma (artigo 124), outra pessoa e/ou terceiro provocar aborto sem o consentimento da gestante (artigo 125) e/ou quando terceiro com o consentimento da gestante realizar aborto, conforme leitura da ADPF 54.

Será entendida como forma qualificada aquela descrita no artigo 127 do código penal de 1840 na qual indica que as penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém à morte.

Existem algumas formas legais observadas que estão em consonância com código penal quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante (aborto terapêutico), que se justifica pelo estado de necessidade já que é o único meio da mulher sobreviver ou quando a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz de seu representante legal (aborto sentimental), conforme artigo 128 do referido preceito legal. E após a ADPF nº 54², o STF firmou entendimento que também é permitido em caso de feto anencéfalo, entendendo que nesse caso não há vida a ser tutelada, conforme colacionado abaixo:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54) Aborto necessário – I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro – II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Recentemente foi proposta a emenda constitucional 181, onde se pretende proibir a possibilidade de aborto em qualquer situação no Brasil, assim, caso aprovada, as formas legais de aborto hoje existente deixarão de existir. Desse modo, passamos a analisar as possibilidades legais hoje de aborto em comparação a atual Constituição do Brasil.

Quanto ao aborto terapêutico existem duas vidas tuteladas pela constituição, a da gestante e a do feto, a qual deve ser feito o uso dos princípios da razoabilidade e

¹Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declci/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-normaatualizada-pe.html>>. Decreto-lei 2.848/40. Acesso em: 03 out. 2018.

²Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/busca?q=Art.+128+do+C%C3%B3digo+Penal+-+Decreto+Lei+2848%2F40>>. Acesso em: 03 de out. 2018.



proporcionalidade ponderando-se os direitos afetos, prevalecendo nesse caso o da gestante, pois não seria razoável que uma mulher gerasse um feto que lhe condene a morte, razão pela qual é razoável a aplicação da norma constitucional a fim de balizar há necessária intervenção do médico em caso de risco de vida da gestante, conforme garante o artigo 5º da CRFB/1988:

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

No caso do feto anencéfalo, o único direito a ser tutelado é o da gestante, seu direito à vida, e a saúde física e mental, uma vez que o feto não possui possibilidade de vida e que após o parto fatalmente irá morrer⁴, não sendo razoável fazer com que essa mulher gere um feto que sabe que nunca poderá tê-lo nos braços.

Quanto ao aborto sentimental⁵, esse merece análise mais profunda, pois existe a possibilidade de vida saudável do feto e não há risco à vida da gestante, sendo esse feito na busca de se esquecer a violência sofrida pela mulher.

O estupro destrói toda uma família pela dor que causa, deixa muitas marcas, algumas visíveis outras não. A violência sofrida é algo impossível de se esquecer, independente de quem seja o agressor. O estupro gera muitas doenças, como as DST ou psiquiátricas, algumas se curarão com um bom medicamento, outras poderão ser bem controladas, mas se algo é certo é que a violência sofrida jamais será esquecida, será sempre um pesadelo na vida dessa mulher.

É certo que a mulher possui direito ao seu corpo, e que deve se vestir e se portar como entende confortável ou bonita, sem que espere que por isso seja desrespeitada, e que a relação sexual deve se dar com quem ela se sente a vontade para a prática.

Contudo, quando dessa relação traumática advém uma gravidez deve-se observar que nesse caso não se trata mais somente do corpo da mulher que foi abusada, mas da existência de outra vida que após o parto não dependerá do corpo da mulher para sobreviver, embora até seu nascimento dependa diretamente deste corpo para se manter com vida.

³Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RAZOABILIDADE+E+PROPORCIONALIDADE+-+ART.+5%C2%BA+%2C+V+%2C+DA+CF>>. *Razoabilidade e proporcionalidade*. Acesso em: 06 out. 2018.

⁴Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/ADPF_54A>. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 garantiu, no Brasil, a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo*. Acesso em: 04 out. 2018.

⁵Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. *Decreto –lei 2.848/40, art 128, II*. Acesso em: 06 out. 2018.



Portanto, é fácil compreender que o aborto não é algo que se faz não somente ao próprio corpo, mas principalmente ao corpo de um ser em formação.

O aborto sentimental se justifica pela violação da dignidade da pessoa humana, porém, é importante lembrar que nos tempos atuais uma gravidez não é capaz de tirar a dignidade da mulher. Esta foi retirada da mulher com o ato do estupro e não pela gravidez.

O artigo 1º da CRFB/886 dispõe a cerca da garantia fundamental e que merece ser cuidadosamente tratada no presente estudo, pois quando a vida está em jogo, a dignidade do ser humano deve ser levada em consideração:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Sendo assim, o aborto nesse caso não irá restituir dignidade a mulher violada, ou seja, não haverá diminuição da dor o fato de desperdiçar um unida saudável descartando-a através do aborto, pois não há qualquer confirmação que tal conduta garanta a diminuição ou redução da dor da vitima nem tão pouco de sua família, afinal as marcas ali deixadas ficam como tatuagens, fantasmas e/ou sombras que podem segui-la por toda uma vida..

Dessa forma, não se vê entender razoável⁷ que o aborto sentimental, aborto de feto concebido em um estupro, que tem por justificativa a dignidade da mulher prevaleça sobre o direito à vida do feto, considerando que a vida vale muito mais que qualquer trauma advindo do ato abusivo ou violento.

Segundo artigo o princípio da razoabilidade e o método de interpretação da constituição escrito pela advogada e consultora Aline Marques Marino⁸: Razoabilidade é a norma constitucional que estabelece critérios formais e materiais para a ponderação de princípios e regras, com o que confere lógica aos juízos de valor e estreita o âmbito da discricionariedade com base na pauta prevista pela Constituição, estando essencialmente ligada ao bom senso mais do que ao senso comum.

A tentativa de se esquecer a violência sofrida será frustrada, pois apesar de não haver mais o feto concebido o trauma causado pela violência irá acompanhar a mulher pelo resto de

⁶Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10641860/artigo-1-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 03 out. 2018.

⁷Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/alineamarino/artigos/o-principio-da-razoabilidade-e-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-795>>Princípio da razoabilidade, art.,5, LXXVIII>. Acesso em: 03 out. 2018.

⁸Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/alineamarino/artigos/o-principio-da-razoabilidade-e-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-795>>. Acesso em: 04 out. 2018.



sua vida, conforme dizem muitos especialistas da área de psicologia e psiquiatria em inúmeros artigos.

Diante da certeza de que o trauma se mantém na vida mulher vítima de estupro, vale trazer à baila uma breve exposição do artigo escrito por Flavia Bello Costa de Souza⁹, responsável pelo Núcleo de Violência Sexual e Aborto Legal do Hospital Pérola Byington, São Paulo:

A violência sexual contra a mulher é um problema de saúde pública que pode acarretar consequências médicas, psicológicas e sociais. As vítimas podem sofrer de transtorno de estresse pós-traumático (TEPT), depressão, ansiedade, transtornos alimentares, distúrbios sexuais e do humor. (...) A relação com a própria imagem, a autoestima e as relações afetivas também são afetadas negativamente, o que limita a qualidade de vida. Esses sintomas podem ser duradouros e estender-se por muitos anos na vida dessas mulheres.

2 – DO ABORTO DE UM FETO SAUDAVEL COMO DIREITO AO ESQUECIMENTO DA VIOLENCIA SOFRIDA: UMA BREVE REFLEXÃO

Muito se questiona quanto ao momento em que se inicia a vida para fins de direitos e proteção fundamentais e patrimoniais, portanto, para que possamos compreender melhor o momento em que a vida começa, faz-se necessário adentrar no tema existente no direito civil, explicitando dispositivo e teorias doutrinárias existentes a respeito do tema.

O Código Civil¹⁰ em seu artigo 2º afirma que os direitos do nascituro estão a salvo desde sua concepção, dispondo: “Art. 2º a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

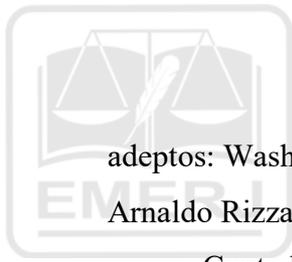
A partir da interpretação do referido artigo, foram criadas as seguintes teorias: A teoria natalista compreende que a personalidade começa com o nascimento com vida, deste modo, o embrião não possui direitos, sejam eles patrimoniais ou fundamentais, filiando-se a esta corrente encontram-se Sílvio Rodrigues, Caio Mario da Silva Pereira, San Tiago Dantas e Sílvio de Salvo Venosa, tratando-se de uma doutrina tradicional.¹¹

Pela teoria condicional, a personalidade começa com o nascimento com vida, porém os direitos do nascituro são resguardados de forma suspensiva, aguardando-se o efeito futuro e incerto, qual seja, o nascimento com vida para que produza seus efeitos. Essa teoria tem por

⁹Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S141320871300006X>>. *Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual*. Acesso em: 04 out. 2018.

¹⁰Disponível em: <<https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/livro-i-das-pessoas-titulo-i-das-pessoas-naturais-artigo-02-5>>. *Código Civil 2002*. Acesso em: 04 out. 2018.

¹¹TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 6 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p.76.



adeptos: Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Clóvis Beviláqua e Arnaldo Rizzardo.

Contudo, tal teoria se mostra bem próxima da teoria natalista, visto que ambas reconhecem o início da personalidade com o nascimento com vida, diferenciando -se esta daquela, apenas por resguardar os direitos do nascituro de forma suspensiva, ou seja, não existem direitos a serem resguardados enquanto embrião, eis que o direito fora suspenso para ter efeitos quando do seu nascimento com vida.¹²

Pela Teoria Concepcionista o nascituro é pessoa humana e, portanto deve ter seus direitos patrimoniais e fundamentais resguardados desde a concepção, esse entendimento é defendido por Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano, e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Gustavo Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo, Maria Helena Diniz e Álvaro Villaça Azevedo.¹³

A professora Maria Helena Diniz ao tratar sobre o tema diferencia a personalidade em duas, sendo elas: Personalidade Jurídica formal, que está relacionada aos direitos que o nascituro possui desde a concepção; Personalidade jurídica material, se tratando esta de direitos patrimoniais que o nascituro apenas adquire após o nascimento com vida.¹⁴

Deste modo é de se observar que a teoria da concepção vem apresentando defensores de forma majoritária dentre os doutrinadores da matéria.

No mesmo sentido privilegiando a teoria da concepção o Pacto San José da Costa Rica, do qual somos adeptos, em seus artigos 3º e 4º prevê o direito ao reconhecimento da personalidade e o direito de que se respeite a vida e a proteja desde a concepção, conforme dispõem os artigos abaixo destacados:

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.

Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.¹⁵ Nestes termos é de se observar que a vida humana existe desde a concepção e por tanto deve ser preservada e protegida, observando o princípio da dignidade da pessoa humana ali existente, ainda que embrião.

¹²Ibid., p.76.

¹³Ibid., p.77.

¹⁴Ibid., p.78.

¹⁵Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. *Pacto San José da Costa Rica. Convenção Americana de Direitos Humanos 1969*. Acesso em: 1 out. 2018.

Consolidando este raciocínio, a Lei nº 11.105/05, Lei de Biossegurança, a qual permite o uso de células tronco embrionárias para fins de pesquisas, apenas quando o embrião é inviável, observa-se que o caso trata de fertilização *in vitro* (FIV)¹⁶, ou seja, fertilização extra uterina, e ainda assim se protege a vida do embrião ali existente, conforme observamos no artigo 5º, I da referida lei:

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;¹⁷

Fazendo um pequeno paralelo, o embrião gerado após um estupro é um feto que se encontra dentro do útero materno em condições saudáveis, a vida é viável e possui uma dignidade humana e direitos fundamentais ha serem preservados, contudo dada a sua origem é condenado a morte.

Ademais pode-se observar que o ordenamento brasileiro segue reconhecendo o direito do embrião em leis esparsas, como por exemplo a Lei nº 11.804/08, que reconhece o direito aos alimentos gravídicos, os quais visam resguardar a vida embrionária lhe permitindo que tenha acesso a cuidados médicos para que possa ser gerado e parido em segurança e com saúde. Vale esclarecer que o direito resguardado pela lei é do embrião, a medida que o futuro pai contribuirá, contudo também será considerada a contribuição da mãe. E ainda, após o nascimento, os alimentos gravídicos são convertidos em pensão alimentícia.¹⁸

Deste modo, considerando que todos os elementos existentes para o reconhecimento de vida humana estão presentes e que todo o ordenamento jurídico brasileiro segue em defesa do embrião, de forma a concluir que o legislador optou pela teoria da concepção, a esta vida deve ser conferida proteção disposta de forma fundamental na constituição, fazendo prevalecer a dignidade da pessoa humana do embrião em detrimento da dignidade da pessoa humana da mulher que o concebeu, uma vez que estamos diante de duas pessoas humanas que merecem ver seus direitos fundamentais reconhecidos e devemos, portanto, ponderar em favor da vida e não em detrimento dela.

¹⁶Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Fertiliza%C3%A7%C3%A3o_in_vitro>. *FIV: Fertilização in vitro*. É uma técnica de reprodução medicamente assistida que consiste na colocação, em ambiente laboratorial, (in vitro), de um número significativo de espermatozoides que serão transferidos, posteriormente, para a cavidade uterina. Acesso em: 13 out. 2018.

¹⁷Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>Lei 11.105/05 – *Lei de Biossegurança*. Acesso em: 03 out. 2018.

¹⁸TARTUCE, op. cit., p.81-82.



3 – A ACEITAÇÃO DO ABORTO SERÁ OU NÃO UMA NEGAÇÃO AO DIREITO À VIDA DEFENDIDA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988?

Como foi falado no capítulo anterior, o Brasil adota a teoria concepcionista para fins de proteção dos direitos fundamentais. Partindo-se desse princípio deve-se observar que o artigo 128, II do código penal não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Para que se chegue a essa conclusão faz-se necessário observar que o código penal é anterior a Constituição da República Federativa do Brasil, pois aquela data de 1960, enquanto esta data 1988, deste modo é importante fazer uma interpretação conforme a Constituição atual a fim visualizar seus desencontros.

Nesse contexto vale descrever a redação do artigo 128 e inciso II do Código Penal Brasileiro onde o referido artigo afirma que não se pune o aborto praticado por médico quando a gravidez deu-se em razão de um estupro e/ou quando a gravidez resultar de estupro o aborto ocorrerá com o consentimento da gestante ou, quando incapaz, com a autorização do representante legal.

Conforme dispõe este artigo, considerando que a vida se inicia com a concepção, não sendo permitido o aborto forma típica de “homicídio” do nascituro, ou seja, um embrião de vida perfeitamente viável que não ofereça risco a sua genitora, não poderá ser descartado do corpo desta pelo fato concepção ter sido indigna eivada de violência.

O Código penal preferiu chamar de aborto esse tipo de “homicídio”, talvez para que desse modo não parecesse tão repudioso, afinal uma mulher aborta espontaneamente quando o feto está mal formado ou por outras situações de saúde não relevantes nesse momento, contudo, apesar da Lei admitir esse tipo aborto, observe que a Constituição de 1988 é em todo momento a favor da vida e, portanto não se deve admitir interpretação contrária.

Importante destacar que apesar do Código Penal admitir que a genitora ou seu responsável e/ou seu representante legal decida pelo aborto, quando a concepção se deu em razão de estupro é permitir de forma obscura um tribunal de exceção, o que é vedado pela CRFB em seu artigo 5º, XXXVII.

Veja que o artigo 5º da CRFB¹⁹ em vários incisos defende a vida independentemente se esta vida pertence a um criminoso ou a um homem de bem, ao dispor:

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

¹⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 fev. 2019.



submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Verifique que este inciso é claro ao dispor que a pena não passará da pessoa do condenado. Não há dúvidas que o estupro é um crime contra a honra repudiante que humilha e, portanto fere a dignidade humana da mulher, porém deve-se observar que quem cometeu o crime foi o genitor do nascituro e não o nascituro, como já dito anteriormente, a gravidez não fere a dignidade da mulher essa compreensão é necessária.

O artigo 5º, inciso XLVI da CRFB de 1988 dispõe que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

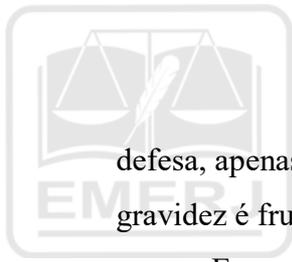
Não existe possibilidade na Constituição Federal de 1988 de pena de morte em tempos de paz. Deste modo, sequer o pior criminoso, o mais cruel de todos que seja, a ele não será imposta penas: de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado ou cruéis. Se a estes não é permitida tais penas, por qual motivo seria permitido ao nascituro a pena de morte por ser fruto de violência?

Diante do questionamento feito acima é possível trazer em favor dos nascituros por analogia a redação utilizada no artigo 5º, inciso XLIX da CRFB de 1988, onde é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

A redação na qual assegura ao preso o respeito à integridade física e moral, conforme destaca a CRFB/88 deverá ser o caminho em defesa da vida do nascituro utilizando-se para tanto os incisos colacionados abaixo:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; 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.

Ao nascituro, quando é fruto de estupro, não é assegurado o mínimo como ser sentenciado por autoridade competente, pois nesse caso a autoridade é de sua genitora ou do responsável dela, não existe devido processo legal, nem contraditório e muito menos ampla



defesa, apenas se decide e executa, bastando que a vítima de estupro informe ao médico que a gravidez é fruto de violência.

Esses direitos individuais fundamentais são considerados tão importantes de modo que foram petrificados, reconhecidas como cláusulas de pedra e, por tanto não podem ser modificados por meio de Emenda a Constituição, ou seja, somente uma nova Constituição poderia modificá-la, conforme se verifica no artigo 60, § 4º, IV da CRFB/88.

Art. 60. 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.

Do artigo 6º e do artigo 227, ambos da CRFB²⁰, pode-se extrair o direito à vida, à saúde, “com absoluta prioridade”, e conseqüentemente a infância, são assegurados, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, à saúde, à alimentação à dignidade, o respeito, sendo todos esses direitos amparados constitucionalmente.

Nesse sentido o Superior Tribunal Federal na ADI²¹ nº 3510, entendeu que o embrião tem direito a se desenvolver quando estiver no útero materno, ambiente próprio para seu desenvolvimento, pelo fato de possuir nascimento esperado, como condição futura e certa, motivo pelo qual foi reconhecida a dignidade da pessoa humana dos embriões viáveis.

Deste modo, certo de que o nascituro possui direitos fundamentais, retorna-se à questão de que a genitora também possui direitos fundamentais e dentre eles encontram-se o direito a dignidade da pessoa humana, que encontra disposição no artigo 1º, III da CRFB, o qual foi ferido com o estupro e o nascituro é uma lembrança constante do ato de violência sofrido, o que justificaria seu direito ao aborto. Diante desse fato, conclui-se que existem no caso dois sujeitos de direito, sendo necessário, portanto, ponderar tais direitos a fim de concedê-los de forma justa, observados para tanto os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais decorrem do devido processo legal, disposto no artigo 5º, LIV da CRFB.

Para melhor compreender os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reproduzo trecho do livro do Professor Pedro Lenza²² ao expor a doutrina de Karl Larenz, Coelho esclarece e cita:

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também para dizer do

²⁰Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompiled.htm>. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Acesso em: 25 de out. 2018.

²¹ Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917>>. *STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias*. Acesso em: 04 out. 2018.

²² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*: Ed. 20ª. Ed. Saraiva, 2016. p. 200.



equilíbrio da concessão, privilégios ou benefícios -, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de natureza constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Desse modo, observada a importância dos princípios, o professor Pedro Lenza²³ destaca a necessidade de preencher 3 (três) importantes elementos, quais sejam:

1- Necessidade/exigibilidade: “a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa”.

Diante desse elemento podemos observar que o aborto não é meio necessário para que seja recuperada a dignidade da mulher, pois essa mulher pode disponibilizar esse nascituro para adoção, certo de que no Brasil existem muitos casais dispostos a darem todo amor e carinho que uma criança precisa em substituição ao de seus genitores.

2- Adequação/pertinência/idoneidade, “quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido”.

Diante deste elemento podemos verificar que o aborto nunca vai atingir o objetivo perquirido, uma vez que esse objetivo é esquecer que a violência aconteceu, porque essa violência não está no nascituro, mas sim na própria genitora e ainda que ela acabe com o fruto dessa violência no seu íntimo ela sempre vai lembrar.

3- “Proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.”

Como foi exposto, não há necessidade e adequação ao caso, e ainda que houvesse, não haveria proporcionalidade em sentido estrito visto que a dignidade da pessoa humana não pode superar o direito à vida, pois caso superasse permitiríamos a pena de morte do próprio estuprador, que apesar de ter uma conduta repugnante não sofre tal pena, assim deve prevalecer a vida do nascituro.

Deste modo, deve haver a rejeição ou não aplicação da norma constante no artigo 128, II do CP²⁴, visto que se trata de norma inconstitucional, pois a interpretação desta está em

²³ LENZA, Pedro. op, cit., p. 200.

²⁴Disponível em:< <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10624724/inciso-ii-do-artigo-128-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>>. Acesso em: 14 out. 2018.



desencontro com a CRFB/88, devendo ser declarada sua não recepção, sendo proibida sua correção contra a constituição, conforme texto abaixo colacionado:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - (...);

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa vem levantar a discussão que ao contrário do que se pensa o corpo apesar de ser individualizado não pode ser usado de forma indiscriminada, a pessoa seja homem, seja mulher não possui total gerência sobre ele e que inclusive em alguns casos o poder judiciário impõe medidas para assegurar a proteção da própria pessoa das decisões que sejam contrárias a proteção do corpo e da vida.

Como exemplo disso existe interferência do poder judiciário no caso da veemente proibição da eutanásia, ou seja, punindo quem auxiliar na prática do crime que, responderá por homicídio.

Deste modo, considerando que nem tudo podemos fazer com o próprio corpo e ainda que o feto não faz parte do corpo da mulher estando no útero materno apenas de forma transitória, é de se entender que ao fazer um aborto não o faz contra o próprio corpo, mas sim contra o corpo de outrem que fora do útero materno terá uma vida independente de sua genitora.

O nascituro, apesar de ainda não ter nascido possui direitos fundamentais desde sua concepção, entre eles está o direito de se desenvolver e nascer, ou seja, o embrião possui o direito a vida.

Em várias ocasiões a Lei Brasileira concedeu direitos ao nascituro desde sua concepção, como por exemplo o direito aos alimentos gravídicos que visam a saúde do embrião e que após o nascimento se transformam em alimentos para o menor, nesse caso não se estabelece que sua genitora só poderá pedi-los após determinado tempo de gestação, não existe um limite mínimo para que seja concedida essa proteção.

Desse modo, entende-se que o Brasil adotou a teoria concepcionista, devendo os direitos fundamentais do nascituro serem resguardados desde a concepção.

Assim, observando que o direito a vida foi concedido a todo indivíduo pela Constituição, não sendo permitido pena de morte em tempo de paz, e que a pena não deve



passar da pessoa do condenado, o fato de a gestação ser proveniente de um crime de estupro, não justifica a cessação da vida.

O embrião nesse caso é saudável e encontra-se totalmente desvinculado de seu genitor, desse modo não é razoável tirar sua vida por culpa de seu genitor. O aborto tido por “sentimental”, não possui fundamento, pois esse é justificado pela dignidade da pessoa humana, até mesmo porque o embrião também é um ser humano, porém encontra-se dentro do útero, então também merece que lhe seja reconhecida sua dignidade.

Além disso, o que tira a dignidade da mulher é o ato do estupro, que ela jamais esquecerá, e não a gravidez. A gravidez feria a dignidade da mulher solteira há muitos anos atrás, quando uma mulher solteira grávida era considerada mulher da vida, não nos tempos atuais.

É certo que essa mulher que sofreu uma violência como essa não tem obrigações com essa criança, deste modo caso não seja capaz de amá-la como uma produção independente, poderá colocar a disposição de uma família que queira adotar.

No Brasil existem muitas famílias em filas aguardando a chegada de seu filho por meio da adoção e essas pessoas não se importam qual a origem do seu filho e possuem muito amor dentro de si para dividir com essa criança.

Pessoas que defendem o aborto em quaisquer ocasião alegam que os países que fizeram o numero de aborto diminuiu, contudo não dizem que nesses países são feitas políticas públicas intensas de modo a prevenir a gravidez e promover o planejamento familiar.

Tal permissão sem uma efetiva política publica, apenas faria crescer o numero de doenças sexualmente transmissíveis.

Deste modo, observe que o que é necessário não é a legalização do aborto em nenhuma de sua forma, exceto se a vida é inviável ou se a risco para a vida da mulher, quando será feita uma ponderação entre vidas, caso esses não sejam o caso se estará diante de uma inconstitucionalidade, mas sim a criação de uma política publica efetiva e no caso de estupro a conscientização de que é possível disponibilizar a criança para adoção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.



BRASIL. *Supremo Tribunal Federal - ADPF n 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 01 de out 2018.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADI n 3.510*. Relator: Carlos Ayres Britto. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/.../acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n 2.848, de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em:

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. *Lei de Biossegurança*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. *Lei de alimentos grávidos*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

BRASIL. *Pro VIJ-DF*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/junho/vij-df-recebe-profissional-para-falar-sobre-interruptao-legal-de-gravidez>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CASTEL – BRANCO, Margarida - *O impacto do aborto na saúde da mulher*. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2008/02/08/jornal/o-impacto-do-aborto-na-saude-da-mulher-248304>> Acesso em: 18 mar. 2018.

COLAR, Osmar R. et al. *Aborto legal por estupro*. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/447/3306>. Acesso em: 18 mar. 2018.

DIREITO.COM. *Pessoas naturais*. Disponível em: <<https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/livro-i-das-pessoas-titulo-i-das-pessoas-naturais-artigo-02-5>>. Código Civil 2002>. Acesso em: 04 out. 2018.

FIDELIS, Nina. *Jornal Brasil de Fato*. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/03/22/limite-tecnico-impede-acesso-de-mulheres-ao-aborto-legal-no-brasil/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

KARL LARENZ, Coelho *apud* LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Ed. 20ª. Editora Saraiva, Rio de Janeiro 2016.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*: Ed. 20ª. Editora Saraiva, Rio de Janeiro 2016.

SALTENBERGER, Ann. *Estudos sobre as conseqüências físicas do aborto*. Disponível em: <<http://www.sinaisdostempos.org/aborto/consequencias-fisicas-do-aborto>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. 39ª. Editora Malheiros 2016. São Paulo.

SOUZA, Flavia Bello Costa de. Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual. Responsável pelo Núcleo de Violência Sexual e Aborto Legal do Hospital Pérola Byington. São Paulo – SP. Brasil.



Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S141320871300006X>>. Acesso em 16 out. 2018.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. *A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_a_borto_impacto.pdf?sequence=6>. Acesso em: 18 mar. 2018.

MOTTA, Rosa Emanuel. *Morte por aborto no Brasil: a legitimação da nossa ignorância*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/28/mortes-por-aborto-no-brasil-legitimacao-da-nossa-ignorancia/artigo>> Acesso em: 18 mar. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 6ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

WIKIPEDIA. *Fertilização in vitro*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Fertiliza%C3%A7%C3%A3o_in_vitro>. Acesso em 13 out. 2018.



O HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO APTO À REDUÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Laís de Araujo Soares

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

Resumo – apesar do caráter excepcional da prisão cautelar no ordenamento jurídico brasileiro, o Brasil é um dos países que mais prende no mundo. Entretanto, ao invés de cumprir as determinações da Lei de Execuções Penais, a situação das penitenciárias brasileiras é caótica e piora a cada dia com o crescente número de prisões provisórias. Muitos são os motivos que viabilizam a manutenção desta modalidade de segregação, mas a que é comum a grande parte dos presos nessa situação é o excesso de prazo e ele não encontra previsão legal, mostrando-se ilegal e arbitrário. Nesse sentido, ante a violação do direito da liberdade de locomoção numa perspectiva coletiva, avista-se a possibilidade do manejo de habeas corpus coletivo, a fim de sanar essa situação de ilegalidade e concretizar princípios previstos em sede constitucional.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Habeas Corpus coletivo. Sistema Penitenciário. População Carcerária. Presos provisórios. Excesso de prazo.

Sumário – Introdução. 1. O agravamento da crise do sistema penitenciário brasileiro: os presos provisórios. 2. Do cabimento do habeas corpus coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. 3. O habeas corpus coletivo como instrumento jurídico eficiente e cabível no afastamento da arbitrariedade a que são submetidos os presos provisórios com excesso de prazo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como finalidade discutir o cabimento do habeas corpus coletivo como instrumento jurídico apto a redução da população carcerária quando manejado em favor de presos provisórios com excesso de prazo. A Constituição Federal de 1988 buscou assegurar a liberdade como a regra do ordenamento jurídico brasileiro e, apesar de tal intento constitucional, o Brasil é reconhecidamente um dos países do mundo que mais prende.

O recolhimento de pessoas ao ambiente prisional é exceção e *ultima ratio*, somente podendo ser decretado uma vez (i) verificado o marco temporal que admite o início do cumprimento da prisão-pena estabelecido em sentença penal condenatória e (ii) verificada a existência de ordem escrita e fundamentada de autoridade competente determinando a prisão cautelar. Em que pese a existência de previsão constitucional e

legal no sentido da excepcionalidade da prisão como medida cautelar – aquela que ocorre antes da condenação com o objetivo de assegurar a efetividade do processo –, em 16 estados da Federação o percentual de presos provisórios é igual ou acima de 40% do total dos presos, segundo dados do CNJ.

A quantidade de presos provisórios inseridos no sistema carcerário é quase a mesma dos presos definitivos e a soma se aproxima dos 700 mil presos em cadeias distribuídas no país. Ante a total falta de estrutura, verifica-se a existência de um sistema prisional deficiente, lotado e que é responsável por uma maciça violação de direitos humanos. A situação das penitenciárias é tão caótica que ensejou o reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF nº 347 MC.

Agrava-se o referido quadro a partir do momento em que o Poder Judiciário deixa de aplicar outras medidas cautelares diversas da prisão e/ou deixa de reavaliar periodicamente a situação dos presos provisórios, o que permite a sua manutenção no sistema. Desse modo, nota-se que o panorama atual deixa clara a existência de violação do direito fundamental à liberdade de locomoção numa perspectiva coletiva.

Inicia-se o primeiro capítulo elucidando a situação atual do sistema prisional brasileiro e o impacto da manutenção de presos provisórios no agravamento do cenário posto. Pretende-se demonstrar a sua estrutura falha, confusa e desordenada e o fato de abrigar mais presos do que comporta, culminando num contexto de intensa violação de direitos humanos.

O segundo capítulo ventilará a possibilidade do manejo do habeas corpus coletivo ante a sua existência no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como norte e exemplo a recente decisão da Corte Suprema no Habeas Corpus nº 143.641/SP de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

O terceiro e último capítulo, por sua vez, buscará defender a eficiência e maior efetividade do manejo do habeas corpus coletivo em favor dos presos provisórios que estão em situação de excesso de prazo em comparação com o habeas corpus individual e a forma como essa questão pode significar uma diminuição na superpopulação carcerária.

A metodologia que servirá de base para o presente artigo e que norteará o desenvolvimento do trabalho de pesquisa é a hipotético-dedutiva, uma vez que a autora irá se valer de um agrupamento de teses, as quais confia serem suficientes para estudar o objeto do presente ensaio, com o escopo de comprová-las ou rejeitá-las no decorrer da argumentação.



Desse modo, tem-se que o enfoque dessa pesquisa jurídica será qualitativo, já que a pesquisadora irá se valer de conjunto bibliográfico atinente ao tema a ser problematizado – valendo-se de fichamentos elaborados ao longo da fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar sua tese.

1. O AGRAVAMENTO DA CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: OS PRESOS PROVISÓRIOS

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXI, buscou assegurar a liberdade como regra no ordenamento jurídico brasileiro e, como consequência, o recolhimento de pessoas ao ambiente prisional como exceção e ultima ratio¹. Dessa forma, tem-se que tal segregação só pode ser decretada quando (i) verificado o marco temporal que admite o início do cumprimento da prisão-pena estabelecida em sentença penal condenatória ou (ii) verificada a existência de ordem escrita e fundamentada de autoridade competente determinando a prisão cautelar, uma vez preenchidos os requisitos legalmente estabelecidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Em que pese tal determinação constitucional tenha como objetivo garantir que o réu responda ao processo em liberdade, o Brasil é, reconhecidamente, um dos países que mais prende, ocupando atualmente a quarta posição no ranking mundial de população carcerária². O Conselho Nacional de Justiça, atento à situação das penitenciárias brasileiras, em 2017, iniciou a realização do projeto “Choque de Justiça”, cujo objetivo era avaliar a situação dos sujeitos inseridos no sistema carcerário, com especial atenção voltada aos presos provisórios³.

A implementação do projeto culminou na elaboração de um relatório⁴ que evidenciou que, mesmo ante a existência da previsão constitucional e legal da excepcionalidade da prisão cautelar, em 16 estados da Federação o percentual de presos provisórios é igual ou acima de 40% do total de presos. Com isso, é possível perceber

¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 506.

² ZACKESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 126, v. 24, 2016, p. 291-331.

³ CNJ. *Choque de justiça: 150 mil casos de presos provisórios reavaliados*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84923-choque-de-justica-150-mil-casos-de-presos-provisorios-reavaliados>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

⁴ CNJ. *Choque de justiça – Reunião especial de jurisdição. Relatório final*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/2aca186d253909cc2f8e9b12f7748d53.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

que, nesses estados, a quantidade de indivíduos cumprindo prisão cautelar quase se equipara à soma de presos definitivos⁵. A realidade dessa proporção, a nível nacional, é mais satisfatória, visto que o percentual de presos em situação provisória é de 32% em relação ao número total de presos⁶. Entretanto, não se pode negar que o panorama dos estabelecimentos prisionais não cumpre as determinações constitucionais e legais.

Segundo Álvaro Mayrink da Costa⁷, “a pena de prisão impõe uma aflição física e psicológica [...], cujos sofrimentos físicos e mentais retiram do seu escopo os requisitos fundamentais de garantia da pessoa humana”. Desse modo, efetivar o uso da prisão como medida cautelar *prima ratio* subverte o sistema e, na via transversa, acaba por fulminar direitos e garantias individuais ao impor ao réu a retirada de sua liberdade e a sua segregação em estabelecimentos estruturalmente falhos.

Não se pretende afirmar, com isso, que nunca se deve recorrer à prisão cautelar, ou seja, àquela que tem como objetivo assegurar o trâmite regular e efetivo do processo possibilitando a competente incidência do poder punitivo estatal⁸. Ao contrário, o instrumento jurídico existe e deve ser utilizado. Contudo, seu uso deve ser orientado pelo requisito do *fumus comissi delicti* e do fundamento do *periculum libertatis*⁹, devendo subsistir enquanto presente o sentido processual e social da sua manutenção.

O anteprojeto da reforma do CPP, datado de 2009, teve como um dos objetivos a inserção de outras medidas cautelares no sistema processual, ao argumento de que o “absurdo crescimento dos presos provisórios surge como consequência de um desmedido apelo à prisão provisória”. Apesar da intenção de ofertar ao magistrado soluções menos drásticas, o uso ainda indiscriminado da prisão cautelar em detrimento da aplicação das demais medidas cautelares atualmente previstas no art. 319 do CPP e a falta de reavaliação periódica da necessidade da segregação cautelar contribuem ativamente para o inchaço das prisões¹⁰.

Atualmente, tendo em vista a total falta de estrutura, verifica-se a existência de um sistema prisional deficiente, lotado e que é responsável por uma maciça violação de direitos humanos. A situação das penitenciárias nacionais é tão caótica que ensejou o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da. Os desafios da pena de prisão e do encarceramento cautelar. *Revista da EMERJ*, n. 47, v. 12, 2009. p. 68-84.

⁸ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 589.

⁹ Ibidem, p. 589/590.

¹⁰ COSTA, op. cit., 2009, p. 68-84.



quando do julgamento da ADPF nº 347 MC. E o fato de se buscar continuamente à imposição dessa medida de modo desnecessário e automático, torna mais grave e recorrente a ocorrência de desrespeito aos direitos fundamentais e o agravamento da crise do sistema carcerário.

O relatório final da CPI do sistema carcerário¹¹, elaborado pela Câmara dos Deputados no ano de 2009, escancarou as portas das penitenciárias brasileiras e iluminou o vexatório cenário dos presídios. Desde então, inexistem dúvidas acerca do defeituoso e imperfeito conjunto de estabelecimentos que são insuficientes e responsáveis pela prolongação de um problema que teve origem no século XIX: a superlotação¹². Conforme conclusão dos deputados integrantes da referida CPI:

apesar de normas constitucionais transparentes, da excelência da lei de execução penal e após 24 anos de sua vigência e da existência de novos atos normativos, o sistema carcerário nacional se constitui num verdadeiro inferno, por responsabilidade pura e nua da federação brasileira através da ação e omissão dos seus mais diversos agentes.

Nesse mesmo sentido, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF nº 347 MC¹³, “a superlotação carcerária e a precariedade das instalações dos presídios configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno”. Disso, conclui-se que os presidiários são tratados como seres desprovidos de quaisquer direitos ou dignidade.

A falta de atuação efetiva, coordenada e conjunta dos Poderes resultam em condições subumanas que ofendem diretamente os valores constitucionais. Dentre eles, cita-se: a dignidade da pessoa humana, a vedação à tortura e ao tratamento desumano, vedação a penas cruéis e a determinação de respeito à integridade física e moral do preso, além de insulto às convenções internacionais das quais o país é signatário¹⁴.

Por fim, consoante Cristina Zackseski, Bruno Amaral Machado e Gabriela Azevedo¹⁵, “de acordo com as regras mínimas das nações unidas para tratamento de reclusos, os preventivos não julgados são presumidamente inocentes e assim precisam ser tratados, devendo ter regime especial”. Entende-se por regime especial a possibilidade de obter tratamento humanitário, respeitoso e condizente com a proteção dos direitos

¹¹BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário*. Brasília: câmara dos deputados, edições câmara, 2009. p. 620.

¹²Ibidem.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC ADPF nº 347*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

¹⁴Ibidem.

¹⁵ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. op. cit., 2016, p. 291-331.

fundamentais, tendo como principal objetivo a aplicação de medida cautelar que seja proporcional à sua situação concreta.

2. DO CABIMENTO DO HABEAS CORPUS COLETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O habeas corpus tem assento no ordenamento brasileiro desde a Constituição Brasileira de 1891. Sob a égide da Constituição Federal de 1988, atualmente vigente, o referido remédio constitucional está previsto no art. 5º, LXVIII e tem como principal objetivo a proteção da liberdade ambulatorial dos indivíduos. Disso, extrai-se que se trata de uma ação constitucional autônoma, cuja finalidade é coibir ilegalidade ou abuso de poder voltada a constrição da liberdade de ir, vir e ficar, seja na esfera penal, seja na esfera cível¹⁶.

Em que pese haja também a possibilidade de seu manejo na seara cível, o mais comum é que se recorra ao *writ* nos casos relacionados à esfera penal, especialmente diante da sua característica *sui generis*, que possui como nota essencial um trâmite mais célere. Comumente, o habeas corpus é utilizado individualmente, eis que impetrado em favor de um paciente específico que já tenha sofrido violação da sua liberdade (habeas corpus repressivo) ou esteja na iminência comprovada de sofrê-la (habeas corpus preventivo)¹⁷.

De todo modo, não se discute sobre o uso do HC individual, já que amplamente aceita desde há muito pelo sistema jurídico pátrio e expressamente tutelado pela Carta Magna. O cerne da questão atual, ainda pouco discutido pela doutrina, está centrado na modalidade coletiva do habeas corpus, principalmente em se considerando a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que o Pretório Excelso concedeu HC coletivo às mães e gestantes presas no bojo do Habeas Corpus nº 143.641/SP¹⁸.

¹⁶ AVENA, Norberto Cláudio Píncaro. *Processo penal*: esquematizado. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2016, p. 1347.

¹⁷ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1120-1137.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 143.641/SP*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf. Acesso em: 03 set. 2018.



É certo que não há na legislação constitucional ou infraconstitucional qualquer menção ao habeas corpus coletivo¹⁹. Na jurisprudência, são poucos os casos relacionados ao tema, podendo citar como exemplo o HC 150.381/SP²⁰. Nesse julgado, o Ministro Relator Marco Aurélio concedeu a ordem para um preso que se encontrava segregado cautelarmente há mais de um ano e meio, em um caso típico de excesso de prazo, sem que tivesse sido prolatada sentença nesse ínterim e a estendeu a outros 31 corréus que estavam em idêntica situação, fazendo uso do art. 580 do Código de Processo Penal.

Não obstante a parca produção doutrinária sobre o tema, deve-se considerar o habeas corpus coletivo como um instrumento constitucional viável, cabível e amparado pela atual ordem constitucional. Para se chegar à tal conclusão óbvia e já antecipada, é preciso analisar a evolução dos valores juridicamente tutelados pelo sistema jurídico.

Durante o século XIX, o centro do mundo jurídico era o Código Civil, que buscava tutelar as relações eminentemente patrimoniais que se estabeleciam em sociedade²¹. Havia, naquela época, intensa valorização do “ter” em detrimento do “ser”. Com o passar do tempo, a Era das Codificações surgiu, retirando o foco preponderante do Código Civil, momento em que as Constituições passaram a ocupar a posição de destaque no mundo jurídico, irradiando fundamento de validade para todas as demais normas que se encontravam abaixo dela. Paralelamente a isso, a valorização, antes patrimonial, passou a recair sobre a pessoa humana, dando-se mais enfoque ao “ser”, e, com isso, alçando a fundamento da República a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, CRFB/88.

Todo esse movimento tendente à centralização da pessoa humana iluminou as demandas existenciais individuais e chamou atenção também para a existência da metaindividualidade dos interesses²² que demandam uma tutela coletiva. Atualmente, nota-se que o corpo social está inserido numa trama de relações complexas e massificadas, que se caracterizam pela existência de muitos indivíduos ligados entre si por uma mesma circunstância fática ou jurídica²³, o que faz com que surjam litígios

¹⁹ LAZARI, Rafael José Nadim de. Habeas corpus coletivo e protestos populares. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo, v. 133, p. 96-104, 2014.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 150.381/SP*. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532174465/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-150381-sp-sao-paulo-0013960-4120171000000>>. Acesso em: 03 set. 2018.

²¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 02-05.

²² MACEDO, Dimas (Org.). *Filosofia e Constituição – estudos em homenagem a Raimundo Bezerra Falcão*. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004, p. 129-142.

²³ SARMENTO, Daniel. *O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira*, 2015. Parecer – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Clínica de direitos fundamentais da faculdade de

iguais. Em razão disso, o próprio ordenamento jurídico tratou de propor instrumentos jurídicos capazes de conceder soluções supraindividuais a essas demandas de massa, a exemplo do Mandado de Segurança coletivo – art. 5º, LXX, CRFB/88.

É exatamente dentro desse contexto de massificação de interesses evidenciado pela sociedade moderna que se insere a análise sobre o cabimento do habeas corpus coletivo. Segundo Daniel Sarmiento²⁴:

a violação à liberdade de ir e vir pode ultrapassar a esfera isolada do indivíduo, pois as lesões e ameaças a esse direito podem alcançar um amplo contingente de pessoas. Nesses casos, devido a dimensão coletiva, não é razoável exigir que cada pessoa potencialmente atingida tenha de figurar como paciente em um HC específico.

Desta feita, para amparar situações de violação à liberdade de locomoção que tenham origem na mesma situação fática ou jurídica e abranjam amplo espectro de sujeitos, o remédio constitucional na sua versão coletiva se apresenta como instrumento eficaz. Para além disso, tem-se que, justamente por ser o habeas corpus um direito constitucional, ele deve ter a sua hipótese ampliada ao máximo possível²⁵, o que caracteriza a doutrina brasileira do HC.

Além da já mencionada interpretação sistemática e social apta a embasar o cabimento do HC coletivo, existem dois dispositivos legais que ajudam na conclusão de que, ainda que não admitido expressamente, seu uso é viável. São eles: art. 580 e art. 654, §2º, ambos do Código de Processo Penal.

Apesar de a natureza jurídica do habeas corpus não ser recursal, e sim de ação autônoma, admite-se a aplicação do art. 580, CPP sempre que necessário estender decisão benéfica de recurso interposto por apenas um réu, e foi o que fez o Min. Marco Aurélio no Habeas Corpus nº 150.381/SP, motivo pelo qual a ordem acaba por contemplar sujeitos que se ligam por circunstância fática ou jurídica. De outro lado, admite-se a concessão de ofício de habeas corpus, “quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”, segundo redação próprio dispositivo legal. Tais disposições comprovam como o instituto do habeas corpus é maleável e pode ser usado de modo amplo.

direito da UERJ, 2015. Disponível em: <www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

²⁴ Ibidem.

²⁵ MACEDO, op. cit., p. 138.



Ainda segundo Daniel Sarmiento²⁶, “não há qualquer característica do *writ* que desautorize a conclusão de que a defesa coletiva da liberdade de ir e vir, por meio o HC coletivo, se insere na tendência contemporânea da coletivização da tutela de direitos”. De todas as premissas expostas, decorre logicamente o fato de que não existe nenhum fundamento jurídico apto a sustentar que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro somente admite o manejo do habeas corpus individual. Deste modo, ainda que não expresso, deve ser tutelada e protegida a possibilidade da impetração de HC a favor da coletividade de pessoas que estejam privadas da sua liberdade de ir, vir e ficar.

3. O HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO EFICIENTE E CABÍVEL NO AFASTAMENTO DA ARBITRARIEDADE A QUE SÃO SUBMETIDOS OS PRESOS PROVISÓRIOS COM EXCESSO DE PRAZO

Ainda que existam duas modalidades de prisão no sistema penal brasileiro, o foco da presente análise, para fins de concessão de habeas corpus coletivo, recairá sobre a modalidade da prisão cautelar, especificamente no que diz respeito àquelas com excesso de prazo.

Tendo em vista a finalidade de proteção do regular andamento do processo penal, a prisão como medida cautelar deve ser aplicada quando presentes seus requisitos legais autorizadores e não haja possibilidade de substituição por outras medidas cautelares diversas da prisão. Em que pese deva ser usada de modo excepcionalíssimo no caso concreto, os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça no projeto “Choque de Justiça”²⁷ demonstram que o uso indiscriminado desse instrumento processual é um fato que se faz presente.

A referida pesquisa, realizada pelo CNJ no ano de 2017, aclarou o fato de que grande quantidade de presos abrigados em penitenciárias brasileiras são provisórios, chegando a proporção de 40% do total de presos em alguns estados da Federação. Desse modo, nota-se que a mudança introduzida²⁸ em 2011 cujo objetivo foi ofertar aos

²⁶ SARMENTO, op. cit., p. 11.

²⁷ CNJ. *Choque de justiça: 150 mil casos de presos provisórios reavaliados*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84923-choque-de-justica-150-mil-casos-de-presos-provisorios-reavaliados>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

²⁸ 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: 17 out. 2018.



magistrados outras medidas cautelares foi pouco efetiva. Os juízes brasileiros dispõem de outras medidas que podem ser tão ou mais efetivas que a segregação cautelar, mas a realidade é que ainda tendem a recorrer à prisão como primeira opção, deixando de lado o caráter de *ultima ratio* da medida.

Apesar de terem sido muitas as modificações introduzidas na legislação penal desde que o CPP entrou em vigor, nenhuma delas tratou de esclarecer de modo definitivo o tempo máximo de prisão cautelar a que o réu pode ser submetido²⁹. Como regra, recorre-se aos requisitos do art. 312³⁰ para se impor a medida e para fundamentar sua manutenção. Não raro, a permanência da segregação cautelar é fundamentada de modo genérico por meio de simples referência aos pressupostos legais e a perpetuação no sistema ocorre quase que de modo automático.

De modo geral, o que se verifica é que o período de prisão provisória é determinado pela observação do princípio da razoável duração do processo³¹. Esse princípio encontra fundamento constitucional no art. 5º, LXXVIII³² e prevê, segundo Alexandre Câmara³³, a necessidade de “construção de um resultado sem dilações indevidas”. Ainda de acordo com o autor³⁴, busca-se “por um processo que tenha uma duração razoável”, o que não significa dizer que estará presente a celeridade processual a qualquer custo, mesmo porque é preciso ter como norte o fato de que “resultados constitucionalmente legítimos levam tempo para serem alcançados”.

Indo ao encontro desse entendimento, o STF³⁵ entendeu que:

o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do “due process of law”. O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo poder público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva nem dilações indevidas.

Entretanto, apesar de haver esse direcionamento constitucional quanto ao tempo do processo, a morosidade do sistema de justiça brasileiro é notória, o que acaba

²⁹ZACKSESKI, Cristina. *O problema dos presos provisórios sem julgamento no Brasil*. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1313075866.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

³⁰BRASIL, op. cit.

³¹Ibidem.

³²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

³³CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 07-21.

³⁴Ibidem.

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 80379/SP*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778395/habeas-corpus-hc-80379-sp>>. Acesso em: 18 set. 2018.



respingando na duração, muitas vezes irrazoável, das prisões cautelares. Logicamente, a ausência de previsão específica acerca da duração da segregação guarda íntima relação com a necessidade de reavaliação contínua de seus pressupostos, o que, na prática, acaba não acontecendo. Dessa omissão decorre a manutenção de milhares de réus no sistema prisional de forma ilegal e desnecessária, afrontando a referida garantia constitucional.

Por sua vez, o princípio da presunção de inocência, que também possui sede constitucional, acaba sendo diretamente afetado pelas prisões provisórias com excesso de prazo. O réu que, em função dessa garantia em face do Estado, deveria ser tratado como inocente, uma vez sujeito a prisões cautelares excessivas e desproporcionais vê sua medida cautelar se transmutar em verdadeiro cumprimento de pena, mesmo sem que haja resultado processual definitivo.

Nesse sentido, o STF³⁶ já tratou do tema ao dispor que:

privar de liberdade, por tempo desproporcional, pessoa cuja responsabilidade penal não veio a ser declarada em definitivo viola o princípio da não culpabilidade. Concluir pela manutenção da medida é autorizar a transmutação do ato mediante o qual implementada, em cumprimento antecipado da sanção, ignorando-se garantia constitucional.

São muitos os exemplos³⁷ de habeas corpus deferidos pelo STF em razão da constatação de excesso de prazo, sempre tendo como norte os princípios da razoável duração do processo, da não culpabilidade e da dignidade da pessoa humana. À vista disso, o Min. Celso de Mello, ao deferir habeas corpus em decorrência de excesso de prazo³⁸, entendeu que “a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, consagrado tanto pela Constituição Federal quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

Em analisando a flexibilidade do presente remédio constitucional, é plenamente cabível o manejo de HC coletivo abrangendo hipóteses de excesso de prazo. Como visto, o HC pode e deve ter suas hipóteses de incidência alargadas, sempre com a finalidade de proteção máxima do direito à liberdade de ir, vir e ficar.

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC Habeas Corpus nº 156072/PE*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/576878909/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-156072-pe-pernambuco-0069788-8520181000000>>. Acesso em: 18 set. 2018.

³⁷Vide HC nº 146561, HC nº 410230, HC nº 156842, HC nº 141583, HC nº 139664, HC nº 155704, HC nº 150381, HC nº 354076, HC nº 430730, HC nº 404602, HC nº 408847.

³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 139664*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344155>>. Acesso em: 18 set. 2018.

Como já demonstrado, em que se pese os habeas corpus analisados tenham como objeto de questionamento prazos variáveis, todos os pacientes se encontram ligados por uma mesma situação de fato, qual seja a desarrazoada duração do processo decorrente da morosidade do poder judiciário. Em outras palavras, enquanto o processo se prolonga por anos a fio, os pacientes permanecem presos, o que desvirtua o caráter cautelar da medida e configura constrangimento ilegal.

Na linha de raciocínio exposta ao longo desse artigo, Daniel Sarmento³⁹ expõe que:

O instrumento processual do habeas corpus deve ter amplitude correspondente às situações de ofensa ou ameaça à liberdade de ir e vir sobre as quais pretende incidir. 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 apresentem perfil coletivo, o ajuizamento de *habeas corpus* coletivo é a providência que mais realiza o direito à efetiva tutela jurisdicional.

A utilização do HC coletivo para o caso dos presos provisórios em situação de excesso de prazo é plenamente viável. A atuação do CNJ, enquanto órgão integrante do Poder Judiciário que possui função fiscalizadora do sistema carcerário⁴⁰, permitiu mapear a situação das penitenciárias nacionais e certamente permitiria o levantamento dos presos provisórios nessa situação.

A possibilidade de manejo desse remédio processual na modalidade coletiva atenderia ao caráter transindividual de violação de direitos constitucionalmente assegurados⁴¹, especialmente quanto ao prazo de prisão. Dentre os benefícios da medida, é possível citar a economia e celeridade processuais e a isonomia⁴², uma vez que, com isso, casos idênticos receberiam o mesmo tratamento pelo Poder Judiciário, evitando a pulverização de demandas idênticas e diminuindo a possibilidade de ocorrer a “loteria jurídica”.

³⁹ SARMENTO, op. cit., p. 21.

⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 12.106/09*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12106.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

⁴¹ SARMENTO, op. cit., p. 21.

⁴² *Ibidem*.



A presente pesquisa constatou, como questão principal, a existência de um ponto de tensão entre a situação das penitenciárias brasileiras e a quantidade de presos provisórios com excesso de prazo. O embate se concretiza tendo como conflito principal a necessidade de manutenção das prisões cautelares daqueles que atendem aos requisitos previstos pela legislação processual penal, os presos que se mantêm no sistema carcerário devido a ausência de reavaliação de sua situação e a caótica situação dos presídios do país.

O sistema constitucional brasileiro tutela a liberdade como regra, somente legitimando a segregação quando presentes seus requisitos autorizativos: seja pela sentença penal transitada em julgado, seja pela constatação da necessidade de se impor prisão cautelar.

Com o intento de fazer com que essa regra seja observada, atento à problemática da superlotação do sistema prisional, o legislador brasileiro introduziu diversas mudanças na legislação processual. Dentre elas, a mais significativa foi a ampliação do rol de medidas cautelares passíveis de imposição aos réus antes da sentença penal. Com isso, abriu-se um leque de outras possibilidades que poderiam ser usadas pelos magistrados sem que houvesse necessidade de se recorrer à prisão como primeira medida, escolha que acaba por subverter a ordem constitucional.

No entanto, em que pese tal decisão acertada pelo legislador, os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça evidenciaram a quantidade exacerbada de presos, deixando exposto o fato de que ainda se recorre à segregação cautelar como primeira opção. Somado a isso, a constatação de que muitos presos não têm sua situação reavaliada constantemente pelo poder judiciário contribui em muito para o inchaço das cadeias nacionais.

A falta de reavaliação periódica a fim de constatar a necessidade de manutenção da medida leva também a que muitos se mantenham inseridos nesse sistema prisional por tempo indefinido, situação que ofende frontalmente a valores constitucionalmente assegurados, tais como direito a liberdade e a razoável duração do processo. Subverte-se a ordem constitucional e, conseqüentemente, verifica-se a violação maciça de direitos fundamentais, sendo o principal deles o direito à liberdade de locomoção.

Como forma de sanar esse impasse e tendo em vista a recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal concedendo habeas corpus coletivo às gestantes que se encontravam presas, vislumbrou-se a possibilidade do manejo do referido remédio constitucional para tutelar o direito dos presos provisórios que se encontram em situação



de flagrante ilegalidade ao se submeterem a uma prisão cautelar excessivamente prolongada.

Como debatido na presente pesquisa, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de tutela de direitos coletivos pela via de uma ação com características coletivas, o que beneficia não só aos sujeitos envolvidos na situação fática como também o próprio Estado. Isto é, ao se identificar uma problemática comum e objetiva, é possível que se recorra ao habeas corpus em sua versão coletiva, principalmente com o escopo de se dar uma resposta uniforme aos que aguardam a proteção do Estado.

Além disso, ao conferir resposta equânime a casos semelhantes, o Estado garante a observância do princípio da isonomia e evita que situações idênticas recebam tratamento diverso por parte do Poder Judiciário. Ademais, a solução chega de modo mais célere, o que concretiza, na via transversa, os princípios da razoável duração do processo e da economia processual.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Píncaro. *Processo penal: esquematizado*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário*. Brasília: câmara dos deputados, edições câmara, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 143.641/SP. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 150.381/SP. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532174465/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-150381-sp-sao-paulo-0013960-4120171000000>>. Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 80379/SP. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778395/habeas-corpus-hc-80379-sp>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MC Habeas Corpus* nº 156072/PE. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/576878909/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-156072-pe-pernambuco-0069788-8520181000000>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Lei nº 12.106/09.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12106.htm>. Acesso em: 03 out. 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: 17 out. 2018.

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

CNJ. *Choque de justiça: 150 mil casos de presos provisórios reavaliados.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84923-choque-de-justica-150-mil-casos-de-presos-provisorios-reavaliados>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Os desafios da pena de prisão e do encarceramento cautelar. *Revista da EMERJ*, n. 47, v. 12, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: parte geral.* São Paulo: Atlas, 2006.

LAZARI, Rafael José Nadim de. Habeas corpus coletivo e protestos populares. *Revista dialética de direito processual.* São Paulo, v. 133, 2014.

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

MACEDO, Dimas (Org.). *Filosofia e Constituição – estudos em homenagem a Raimundo Bezerra Falcão.* Rio de Janeiro: Letra legal, 2004.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal.* 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

SARMENTO, Daniel. *O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira,* 2015. Parecer – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Clínica de direitos fundamentais da faculdade de direito da UERJ, 2015. Disponível em: <www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 126, v. 24, 2016.

_____. O problema dos presos provisórios sem julgamento no Brasil. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1313075866.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

A TUTELA DO DIREITO À EDUCAÇÃO POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Laís Lopes Senna

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

Resumo – a Constituição Federal de 1988 reconhece às crianças de até cinco anos o direito subjetivo de acesso à creche e à pré-escola. O gozo desse direito depende de prestações positivas por parte do Estado, a serem implementadas por meio de políticas públicas. A ausência de implementação dessas políticas públicas enseja uma multiplicidade de ações individuais no Poder Judiciário para tutelar um direito que pode ser tutelado também de forma coletiva. Nesse contexto, ação civil público se apresenta como um eficaz instrumento processual, tanto para tutelar o direito à educação, violado em larga escala; quanto para reduzir a quantidade de demandas, de modo que possa ser oferecida uma prestação jurisdicional mais eficiente.

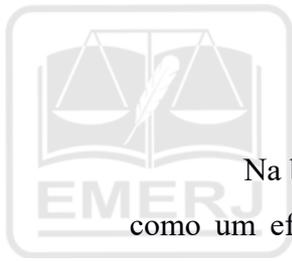
Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Administrativo. Direito à educação. Ação Civil Pública.

Sumário – Introdução. 1. A possibilidade da tutela coletiva do direito à educação por meio da Ação Civil Pública. 2. Do preenchimento dos requisitos para a concessão da medida liminar prevista no art. 12 da Lei nº 7.347/1985. 3. Da importância da fixação de multa em caso de descumprimento da obrigação de fazer por parte do ente público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar a Ação Civil Pública como instrumento de tutela do direito à educação, tema que será tratado do ponto de vista do Poder Judiciário. O objetivo é avaliar as posturas mais adequadas a serem adotadas pelo magistrado diante de uma ação coletiva em que se pleiteia o fornecimento de vagas na rede municipal de ensino básico.

A Constituição Federal de 1988, marcada por um forte dirigismo na implementação de políticas públicas, prevê uma variedade de direitos sociais, dentre eles o direito à educação, conforme artigos 7º, inciso XXV, e 208, inciso IV. O acesso à educação básica, previsto como direito subjetivo na Constituição, depende da implementação de políticas públicas, que muitas vezes são insuficientes ou inexistentes. Essas demandas chegam ao Judiciário na forma de ações individuais pleiteando a matrícula de crianças na rede municipal de ensino e são acolhidas, como uma forma de dar concretude ao direito fundamental previsto constitucionalmente.



Na busca pela concretização do direito à educação, a Ação Civil Pública se apresenta como um eficiente instrumento jurídico capaz de satisfazer a demanda por vagas na rede municipal de ensino de diversos indivíduos a um só tempo. É um instrumento que pode ser usado preventivamente e que propõe soluções extrajudiciais, como o termo de ajustamento de conduta, evitando a indesejável atuação do Judiciário na execução de políticas públicas, de competência do Poder Executivo.

No primeiro capítulo, pretende-se demonstrar que a Ação Civil Pública é um instrumento jurídico adequado para tutelar o direito à educação infantil. Serão apresentadas as vantagens que essa via oferece em relação a tutela desse direito por meio de ações individuais, tais como: redução de demandas no judiciário; satisfação dos interesses de muitos indivíduos em uma só demanda; e possibilidade de solução extrajudicial do litígio, por meio do termo de ajustamento de conduta, afastando o enfrentamento do mérito pelo Judiciário.

Fixada a premissa de que é vantajoso o emprego da Ação Civil Pública para garantir o acesso às vagas na rede municipal de ensino básico, no segundo capítulo, é defendida a possibilidade da concessão da medida liminar prevista no art. 12 da Lei nº 7.347/1985. A medida se impõe em razão do preenchimento dos requisitos legais e das características da demanda, tendo em vista que é pacificamente reconhecido pelos tribunais superiores o dever da Administração Pública municipal de oferecer vagas na rede municipal de educação infantil conforme a demanda.

Além da concessão da medida liminar, encerra-se o trabalho sustentando a possibilidade de fixação de multa por descumprimento dessa decisão, com o objetivo de incentivar a solução extrajudicial do litígio por meio do termo de ajustamento de conduta.

O objetivo último da presente pesquisa é demonstrar como a Ação Civil Pública pode ser eficiente para concretizar o acesso ao ensino básico, direito fundamental previsto na Constituição, cuja competência é essencialmente dos Municípios, e qual papel o Poder Judiciário pode desempenhar para atender aos anseios constitucionais.

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 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 POSSIBILIDADE DA TUTELA COLETIVA DO DIREITO À EDUCAÇÃO POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A lei da ação civil pública (LACP), Lei nº 7.347/1985¹, que hoje faz parte do microsistema de tutela dos interesses difusos e coletivos, foi a primeira legislação a dar contornos mais definidos à tutela desses interesses². Com a alteração trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei nº 8.078/1990³), que incluiu o inciso IV no art. 1º da LACP⁴, o cabimento da ação civil pública deixou de ser taxativo para se tornar mais amplo, ante a previsão genérica do cabimento da ação para tutelar “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (inciso IV do art. 1º da LACP)⁵.

A evolução histórica dos direitos fundamentais, dividida didaticamente pela doutrina em gerações ou dimensões, trouxe à luz uma nova concepção de direitos materiais. Os direitos fundamentais de segunda e de terceira geração se caracterizam por sua dimensão coletiva, uma vez que caracterizam interesses de grupos de pessoas. Destacam-se os direitos fundamentais de segunda geração, cujo objetivo é promover a igualdade material entre os indivíduos por meio de prestações positivas exigidas do Estado, dentre os quais faz parte o direito à educação.

O direito à educação é, portanto, um direito coletivo. A Constituição brasileira trata do direito à educação em seu art. 208⁶, informando aos mandatários do poder popular os rumos que a concretização desse direito deverá seguir. As previsões constitucionais exigem, assim, a adoção de políticas públicas que tenham por finalidade o gozo pleno, por parte dos indivíduos, do direito à educação constitucionalmente garantido.

¹ BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em 10 out. 2018

² MILARE, Edis. *Ação civil pública: após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 302.

³ BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

⁴ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

⁵ ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 44.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 out. 2018.



Especificamente no que toca à educação infantil, a Constituição determina a garantia de creche e pré-escola para as crianças de até cinco anos de idade (art. 208, IV, CRFB⁷). A determinação é reiterada no seu art. 7º, XXV⁸. Por fim, o seu art. 214⁹ estabelece a criação de um plano nacional de educação no âmbito infraconstitucional para alcançar o objetivo traçado¹⁰.

Além disso, a Constituição também indicou que caberia prioritariamente aos Municípios a competência para organizar o ensino fundamental e a educação infantil (art. 211, § 2º, CRFB¹¹), indicando com precisão o ente federativo responsável pela implementação das políticas públicas que permitirão o acesso à educação infantil de crianças com até cinco anos de idade.

Em suma, a Constituição de 1988¹² reconheceu às crianças com até cinco anos de idade o direito subjetivo de frequentar a creche e a pré-escola, o que deverá ser assegurado pelo Município por meio da implementação de políticas públicas com esse fim.

As políticas públicas possuem natureza jurídica de norma. Ronald Dworkin inclui as políticas públicas na teoria do Direito, ao lado das regras e princípios, como uma espécie normativa que estabelece um objetivo a ser alcançado. Em suma, as políticas públicas seriam compostas por um complexo de decisões e normas de naturezas variadas, que envolvem elaboração de leis, orçamentos e receitas públicas, bem como os atos concretos de execução de tais políticas¹³.

Dessa forma, entendendo a política pública como um conjunto de normas e atos administrativos, conclui-se pela possibilidade do seu controle jurisdicional pela via da ação civil pública¹⁴.

Isso porque a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), dirigente como é, estabeleceu a implementação de diversas políticas públicas, dentre elas a política pública de acesso à educação (art. 208 e 214 da CRFB/88¹⁵). Nessa linha, se a Constituição estabelece

⁷ BRASIL. op. cit., nota 6.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Direito à educação: judicialização, políticas públicas e efetividade do direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 69-70.

¹¹ BRASIL. op. cit., nota 6.

¹² Ibid.

¹³ MILARE, op. cit., p. 304-305.

¹⁴ FRANCO, Fabio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, nº 135, p. 34-70, maio/set. 2006, p. 42.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 6.



uma obrigação de fazer ao Estado e este se abstém de cumpri-la, cabe submeter a omissão ao controle do Poder Judiciário.

O que se está a sustentar é possibilidade do controle judicial da omissão administrativa na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas. Tal possibilidade é admitida na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que no acórdão do AgRg no RE nº 639.337 assenta: “O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional – transgredir, com esse comportamento negativo a própria integridade da Lei Fundamental [...]”¹⁶.

Acrescente-se, ainda, que se a omissão viola direito coletivo reconhecido constitucionalmente, como é o caso do direito à educação, não há óbice que essa tutela seja feita por meio da ação civil pública. Nesse sentido, João Batista de Almeida¹⁷ aponta que não vê razões para:

[...] não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas, pois, do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento.

Gianpaolo Poggio Samanio¹⁸, ao tratar da ação civil pública como instrumento de efetivação dos direitos da cidadania no Brasil, conclui que “a ação civil pública é a sede jurídico-processual adequada para o controle da efetivação das Políticas Públicas (...)”. O autor destaca o papel garantidor dos direitos fundamentais do Poder Judiciário no processo de efetivação de políticas públicas e rechaça os argumentos de que essa postura viola os princípios da isonomia e da separação dos poderes. Ressalva, entretanto, que “as decisões judiciais que tratam sobre políticas públicas deverão ter caráter excepcional, posto que o tema cabe primordialmente ao Poder Executivo”¹⁹.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 639.337– AgR/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

¹⁷ FRANCO, op. cit., p. 42.

¹⁸ SAMANIO, Gianpaolo Poggio. Os 30 anos de ação civil pública: instrumento de efetivação dos direitos da cidadania no Brasil. In: MILARE, Edis. *Ação civil pública: após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 309.

¹⁹ *Ibid.*, p. 306.



Em tais casos, Hugo Nigro Mazzilli²⁰ admite a propositura de ação civil pública com pedido de obrigação de fazer, mesmo que isso envolva gastos orçamentários. Sustenta, a título de exemplo, a possibilidade de o Judiciário examinar, em ação civil pública, o pedido criação de vagas em escolas para crianças.

A tutela do direito à educação por meio da ação civil pública apresenta diversas vantagens. Essas vantagens se tornam ainda mais evidentes quando se trata da obrigação do ente municipal de oferecer vagas na rede pública de ensino infantil para crianças de até cinco anos, direito que já foi reconhecido pelo STF em mais de uma ocasião²¹.

Sobre as vantagens apresentadas pela tutela coletiva, Mazzilli²² destaca que:

[...] num só processo, com uma só prova, obtém-se um único provimento jurisdicional que aproveita não só ao grupo como um todo, como a cada integrante, individualmente considerado. Garante-se, pois, o efetivo acesso de todos à Justiça, sendo o ônus de agir carreado a alguns legitimados ativos que substituem o grupo lesado (Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos públicos, associações, etc.).

Além de desafogar o já muito assoberbado Judiciário, oferecendo prestação jurisdicional una, outras vantagens são identificadas por Teori Zavascki²³:

[...] são evidentes os ganhos que daí resultam, seja do ponto de eficiência (presteza no andamento do processo, menos custo, aproveitamento coletivo dos meios de prova etc.), seja do ponto de vista estritamente jurídico, viabilizando o acesso à justiça de pessoa que, individualmente, a ela não acorreriam, e conferindo a todos um tratamento igualitário, aspectos esses que representam um sinal marcante de realização de justiça.

Ademais, não se pode ignorar que a fase pré-processual da ação civil pública, isto é, o inquérito civil (art. 8º, § 1º, da LACP²⁴), abre uma janela de oportunidade ao administrador para se adequar à determinação constitucional antes mesmo do pronunciamento judicial. Igualmente relevante é a possibilidade de solução extrajudicial do litígio, por meio do termo de ajustamento de conduta, autorizado no art. 5ª, § 6º, da LACP²⁵.

²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 161-162.

²¹ São exemplos o AgRg no RE nº 639.337 e o AgRg no RE nº 410.715-5.

²² MAZZILLI, op. cit., p. 138-139.

²³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.150.

²⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁵ Ibid.



Essas características destacam a ação civil pública como eficiente instrumento na busca pela concretização do direito à educação, notadamente no que toca à oferta de vagas na rede pública de ensino infantil pelo ente municipal.

2. DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR PREVISTA NO ART. 12 DA LEI nº 7.347/1985.

O art. 12 da Lei nº 7.347/85²⁶ traz a possibilidade de concessão de medida liminar em sede de ação civil pública. Assim ele enuncia:

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

O artigo deve ser interpretado à luz do tratamento dado às tutelas provisórias pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC)²⁷. Conforme o CPC²⁸, as tutelas provisórias poderão ser de urgência ou de evidência. A primeira, para ser concedida, precisa reunir os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. A segunda exige apenas a probabilidade do direito e poderá ser concedida nas hipóteses do art. 311 do CPC²⁹:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. *Código de processo civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

²⁸ BRASIL. op. cit., nota 27.

²⁹ Ibid.



III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

As características específicas da ação civil pública que pretende a matrícula de crianças de até 5 anos em creches da rede municipal de ensino nos permitem a conclusão de que será possível a concessão da tutela de evidência, desde que preenchidos alguns requisitos, como será analisado.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, desde a Constituição de 1988, vem sedimentando o entendimento de que o acesso à educação infantil, essencial para formação do indivíduo e para o respeito da sua dignidade, é direito social de segunda geração que pode ser exigido pelo seu titular. Nesse sentido, a implementação de políticas públicas com vistas a possibilitar o acesso universal à rede pública de ensino infantil não se subordina à livre discricionariedade da Administração Pública, pois que derivam de ordem expressa da Constituição.

Por essa razão, a ausência de vagas nas creches da rede pública municipal configura omissão inconstitucional por parte do Poder Público, autorizando, excepcionalmente, a interferência do Poder Judiciário para o fim de preservar a autoridade da Constituição. Portanto, diante da inércia do Poder Público em oferecer vagas para crianças de até 5 anos na rede municipal de ensino, pode o Poder Judiciário determinar a implementação da política pública.

O Ministro Celso de Mello, relator do ARE nº 639.337 AgR/SP³⁰, um dos paradigmas sobre a questão, aponta que a reserva do possível e a escassez de recursos não poderão ser alegadas genericamente para se esquivar do cumprimento do mandamento constitucional. Apenas a demonstração objetiva da impossibilidade econômico-financeira do ente municipal em implementar a política pública é que o isentará da condenação judicial. Assim, embora não se ignore que a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais depende da possibilidade orçamentária do Estado, nas palavras do Ministro:

[...] não se mostra lícito, contudo, que o Poder Público, em tal hipótese, crie um obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável

³⁰ BRASIL. op. cit., nota 16.

propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Como se depreende das considerações acima, diante de uma ação civil pública em que se demonstra já na inicial que o ente municipal se demitiu do seu dever de oferecer vagas suficientes em creches para crianças de até 5 anos de idade, será possível, na esteira do entendimento do STF, conceder a tutela de evidência, com base no art. 12 da Lei nº 7.347/85³¹ e no art. 311, IV, do CPC³², pois estará evidenciada a probabilidade do direito invocado. No entanto, alguns aspectos processuais que antecedem a concessão da medida deverão ser observados.

Em primeiro lugar, a possibilidade de concessão de ofício da tutela provisória divide a doutrina. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart entendem que é possível, excepcionalmente, a concessão da medida de ofício para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, com fundamento no poder geral de cautela do juiz. Hugo Nigro Mazzilli, por outro lado, sustenta a impossibilidade, uma vez que a concessão de ofício de medida liminar só é aceitável no ordenamento jurídico brasileiro quando autorizada expressamente por lei, o que não ocorre na LACP³³.

Em que pese o entendimento em sentido contrário, filia-se à corrente de Mazzilli. Em atenção ao caráter excepcional da interferência do Judiciário na implementação de políticas públicas, a concessão da tutela de evidência deve ser precedida de pedido do autor da demanda coletiva, não podendo ser determinada de ofício pelo juízo.

Em segundo lugar, deve se ter em conta que, sendo o sujeito passivo da demanda coletiva o ente municipal, devem ser observadas as limitações presentes na Lei nº 8.437/92³⁴, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público.

Embora o *caput* do art. 12 da Lei nº 7.347/85³⁵ estabeleça que o mandado liminar poderá ser concedido “com ou sem justificção prévia”, o art. 2º da Lei nº 8.437/92³⁶ determina que “na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se manifestar no prazo de setenta e duas horas”.

³¹ BRASIL. op. cit., nota 1.

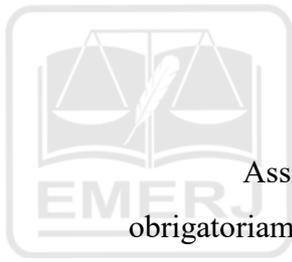
³² BRASIL. op. cit., nota 27.

³³ ANDRADE, op. cit., p. 210.

³⁴ BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8437.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

³⁵ BRASIL. op. cit., nota 1.

³⁶ BRASIL. op. cit., nota 34.



Assim, na hipótese ora tratada, a concessão da tutela de evidência deverá, obrigatoriamente, ser precedida de justificação prévia do ente municipal³⁷. Nessa oportunidade, poderá o ente demonstrar a impossibilidade econômico-financeira do município de implementar políticas públicas para a criação de novas vagas, o que inviabilizará a concessão da medida. Certo é que a mera alegação genérica de escassez de recursos orçamentários, desacompanhada da devida comprovação, não será capaz de afastar o cabimento da medida liminar.

A Lei nº 8.437/92³⁸, em seu art. 1º, §3º, veda, ainda, a concessão, contra o Poder Público, de tutela provisória de efeitos irreversíveis, isto é, que, uma vez deferida, torne impossível o retorno ao *status quo ante*³⁹. Tal limitação não impede a concessão da liminar que ora se analisa. Afinal, a matrícula de crianças em creches da rede municipal não é medida irreversível, e poderá ser desfeita pelo ente público.

Ademais, é bom lembrar que a medida liminar ostenta caráter transitório e nada impede que o juiz, tendo concedido a liminar, venha a revogá-la posteriormente à luz de outros elementos trazidos aos autos. Ou seja, a qualquer momento que venham aos autos as provas da impossibilidade financeira do Município de implementar a política pública de criação de vagas na rede pública, a liminar poderá ser revogada⁴⁰.

Além disso, a Lei nº 7.347⁴¹ prevê, no §1º do art. 12, meio próprio de impugnação da liminar quando a medida envolver pessoa jurídica de direito público. O referido artigo trata da possibilidade de a pessoa jurídica de direito público interessada apresentar ao Presidente do Tribunal competente para o recurso o requerimento de suspensão da execução da liminar. José dos Santos Carvalho Filho anota que “o art. 12, §1º, da Lei nº 7.347/85⁴² não impede a revogação do ato concessivo da liminar, mas apenas prevê meio específico de impugnação por parte das pessoas jurídicas de direito público nos casos especiais ali mencionados (...).”⁴³.

Em suma, demonstrado na inicial a omissão inconstitucional do ente municipal na oferta de vagas em creches para crianças de até 5 anos de idade, poderá o juiz, atendendo pedido da parte autora, conceder tutela de evidência determinando a matrícula dessas crianças,

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigos: lei n. 7.347, de 24/7/85*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p 361.

³⁸ BRASIL. op. cit., nota 34.

³⁹ ANDRADE, op. cit., p. 217.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 364 - 365.

⁴¹ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁴² Ibid.

⁴³ CARVALHO FILHO, op. cit., p 365.



desde que, ouvido o ente municipal, este não tenha sido capaz de comprovar a impossibilidade econômico-financeira do município para a efetivação dessas matrículas.

Um instrumento útil que pode ser utilizado para constranger o ente público ao cumprimento da medida liminar, e que, por consequência, reforça os efeitos positivos da concessão da medida, é a fixação de multa cominatória em caso de descumprimento da obrigação de fazer. A viabilidade da fixação dessa multa, será tratada a seguir.

3. DA IMPORTÂNCIA DA FIXAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER POR PARTE DO ENTE PÚBLICO

A multa cominatória, também conhecida pelo termo francês *astreintes*, é um “mecanismo coercitivo indireto de caráter econômico, criado para influir psicologicamente no ânimo do devedor no sentido de que seja cumprida a obrigação”⁴⁴. Trata-se de multa fixada pelo juiz, cuja incidência fica condicionada ao descumprimento da obrigação de fazer. Pode ser fixada para incidir uma única vez ou diariamente, enquanto durar o descumprimento, e configura poderoso instrumento para coagir a parte ao cumprimento da determinação judicial.

A aplicação de multa cominatória encontra previsão no art. 537 do CPC⁴⁵, no art. 11 e no art. 12, §2º, da Lei nº 7.347/85⁴⁶, autorizando a fixação da multa em caso de descumprimento de obrigação de fazer determinada em sede de tutela provisória.

Já não há mais discussão acerca da possibilidade de fixação de multa cominatória de ofício pelo juiz. A doutrina sedimentou o entendimento de que a fixação de multa cominatória, tanto em tutela provisória, quanto na sentença, é faculdade do juiz. Afinal, a aplicação da multa tutela a efetividade do processo e a autoridade da ordem judicial⁴⁷.

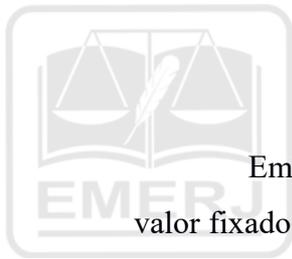
A lei não estabeleceu de antemão a periodicidade ou o valor da multa, limitando-se, quanto ao último, a estabelecer que deverá ser suficiente e compatível com a obrigação a ser cumprida. Não poderia ser diferente, pois apenas à luz do caso concreto é que o juiz poderá verificar a periodicidade e o valor que serão suficientes para incutir no condenado temor pelo descumprimento da obrigação de fazer imposta.

⁴⁴ Ibid., p. 349.

⁴⁵ BRASIL. op. cit., nota 27.

⁴⁶ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁴⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 77. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1105.



Embora o art. 11 da Lei nº 7.347⁴⁸ não mencione a possibilidade do juiz alterar o valor fixado para a multa, deve-se, nesse ponto, e por autorização do art. 19 da Lei nº 7.347⁴⁹, aplicar o art. 537, §1º, do CPC⁵⁰, a fim de permitir que o juiz ajuste o valor da multa quando esta se tornar insuficiente ou excessiva, sempre buscando o princípio da adequação⁵¹.

Convém registrar que não há óbice na imposição de multa cominatória em face de ente público, conforme entendimento majoritário da doutrina e pacificado no Superior Tribunal de Justiça⁵². O Ministro Celso de Mello sinalizou nessa direção no já mencionado ARE nº 639.337 AgR/SP⁵³:

[...] na realidade, a “astreinte” – que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, validamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial.

Inquestionável, dessa maneira, por ser juridicamente válida, a imposição, no caso ora em exame, pelo Poder Judiciário paulista, de multa diária por criança não atendida pelo Município de São Paulo.

Quanto a exigibilidade da multa cominatória, é preciso observar que o §2º do art. 12 da Lei nº 7.347/85⁵⁴ dispõe que a multa fixada em tutela provisória “só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor”. O §3º do art. 537 do CPC⁵⁵, de outro lado, estabelece que a decisão que fixa multa cominatória, seja em tutela provisória, seja em sentença, “é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte”.

Diante da nova orientação adotada pelo CPC⁵⁶, a doutrina voltou a se questionar sobre a possibilidade de execução provisória da multa cominatória fixada em tutela provisória. Há quem sustente que a previsão da Lei nº 7.437/85⁵⁷ é regra especial em relação ao CPC⁵⁸, devendo prevalecer. Para Cleber Masson, essa não é a melhor interpretação. Segundo ele⁵⁹:

⁴⁸ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ BRASIL. op. cit., nota 27.

⁵¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 352.

⁵² NEVES, op. cit., p. 1107.

⁵³ BRASIL. op. cit., nota 16.

⁵⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

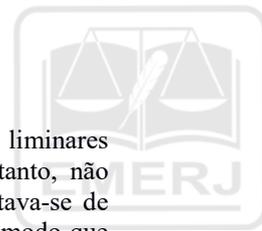
⁵⁵ BRASIL. op. cit., nota 27.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁵⁸ BRASIL. op. cit., nota 27.

⁵⁹ ANDRADE, op. cit., p. 211 – 213.



[...] não há como alegar que a não exigibilidade imediata das multas liminares seriam uma particularidade procedimental do processo coletivo, e, portanto, não seriam alcançadas pela nova regra geral do CPC, pois, em verdade, tratava-se de regra comum a todo o sistema processual civil (individual e coletivo), de modo que a alteração ora procedida deve abranger, por consequência, também o processo coletivo. (...) Em sendo assim, identificada uma norma posterior que representa uma clara evolução no sistema ordinário de tutela processual, não há como afastar a incidência dessa norma do microsistema de tutela coletiva, sob pena de se conferir insuficiente proteção aos direitos fundamentais por ele tutelados.

Esse entendimento é o que confere maior efetividade à tutela coletiva dos direitos fundamentais de segunda geração, como é o caso do direito à educação. Frise-se que a execução provisória da multa cominatória não autoriza o levantamento da quantia até o trânsito em julgado, mas reforça o caráter coercitivo da medida para que se cumpra a obrigação de fazer determinada liminarmente.

Como se nota, a concessão da tutela de evidência que determina, como obrigação de fazer, a matrícula de crianças de até 5 anos em creches da rede pública municipal ganha força com a fixação de multa cominatória em caso de descumprimento da determinação. A adoção dessas medidas duras pelo Poder Judiciário impulsiona o Poder Público no sentido da autocomposição do litígio juntamente a parte autora da demanda coletiva, que poderá ocorrer em qualquer fase do processo e deverá ser sempre incentivada pelo juízo⁶⁰.

CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi tratar a temática do direito à educação sob a ótica da atuação do Poder Judiciário diante da inércia do Poder Público na implementação de políticas públicas. Partindo da premissa de que a jurisprudência, encabeçada pelo Supremo Tribunal Federal, tem reconhecido a possibilidade de condenação do ente municipal à implementação de políticas públicas para efetivar a matrícula de crianças de até 5 anos de idade em creches da rede pública, propõe-se que a tutela coletiva seja o meio mais eficiente de tutelar o direito fundamental à educação.

Assim, identifica-se a ação civil pública, por todas as vantagens que proporciona na tutela coletiva de direitos sociais, como instrumento processual mais eficaz para tutelar o direito à educação, notadamente o acesso por crianças de até 5 anos às vagas da rede

⁶⁰ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição na ação civil pública. In: MILARE, Edis. *Ação civil pública: após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.



municipal de ensino, direito já amplamente reconhecido pela jurisprudência em litígios individuais.

Sem descuidar dos efeitos nocivos que o ativismo judicial na implementação de políticas públicas pode acarretar, este trabalho propõe medidas a serem adotadas pelo juízo de primeira instância diante de uma ação civil pública que pretende a tutela coletiva do direito de crianças de até 5 anos às vagas nas creches da rede municipal. Essas medidas, ao mesmo tempo que severas e pró ativas, buscam incentivar o Poder Público a recorrer à autocomposição do litígio juntamente ao legitimado coletivo, seja ele o Ministério Público ou qualquer outro.

A primeira medida proposta é a concessão da liminar prevista no art. 12 da Lei nº 7.347/85, que apresenta caráter de tutela de evidência. Demonstrou-se que a concessão da liminar na hipótese em análise é plenamente viável, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei.

A segunda medida apresentada foi a fixação, na própria decisão que conceder a tutela de evidência, de multa cominatória em caso de descumprimento da obrigação de fazer imposta. Conforme analisado, tanto doutrina, quanto jurisprudência, reconhecem a legitimidade da imposição da multa, ainda que em face do Poder Público; sendo certo que a sua fixação contribui para robustecer a autoridade da medida liminar já deferida.

Acredita-se que por meio de uma atuação enérgica do Poder Judiciário no início do processo a autocomposição do litígio se mostrará mais atraente ao ente público, que recorrerá a um acordo judicial ou a celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta, conforme o caso. Evita-se, assim, a indesejável, porém por vezes necessária, intromissão do Judiciário na implementação de políticas públicas determinadas constitucionalmente.

O objetivo central das proposições aqui feitas é o incentivo à autocomposição entre o legitimado coletivo demandante e o ente público omissor, uma vez que, quando possível, a autocomposição alcança, como regra, soluções mais céleres, econômicas, implementáveis e que atendem melhor aos interesses das partes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ANDRADE, Valentino Aparecido de. Medida liminar em ação civil pública. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. n. 19, n. p. 106-112, p. out. 2004,

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Direito à educação: judicialização, políticas públicas e efetividade do direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. *Código de processo civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 639.337– AgR/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigos: lei n. 7.347, de 24/7/85*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MAGALHAES, Jose Luiz Quadros de (Coord.). *O STF e a interpretação da constituição: casos paradigmáticos em direitos fundamentais*. Prefácio de Cristiana Fortini. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FRANCO, Fabio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, nº 135, p. 34-70, maio/set. 2006.

GALBIATI, Carolina Maria Morro Gomes. O direito à educação e o ativismo judicial na perspectiva da decisão do Supremo Tribunal Federal. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, nº 128, p. 71-97, dez. 2012.s

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

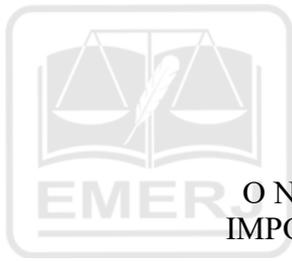
MILARE, Edis. *Ação civil pública: após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SAMANIO, Gianpaolo Poggio. Os 30 anos de ação civil pública: instrumento de efetivação dos direitos da cidadania no Brasil. In: MILARE, Edis. *Ação civil pública: após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição na ação civil pública. In: MILARE, Edis. *Ação civil pública: após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO CONSENSUAL DO PRAZO PREVISTO NO ARTIGO 53 DA LEI Nº 11.101/05

Laura Duarte Sabir Ferraz

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

Resumo – o novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/15 – trouxe inovações na ordem jurídica. Dentre elas, destaca-se a cláusula geral de negócios jurídicos processuais, visando conceder autonomia das partes no que diz respeito a adequação procedimento a ser utilizado de acordo com as peculiaridades de seu conflito. Percebe-se, portanto, que se faz necessária a análise da utilização dessa cláusula geral – negócio jurídico processual – em procedimentos regulamentados fora do Código de Processo Civil, como é o caso do Procedimento da Recuperação Judicial. A essência do trabalho é discutir a possibilidade de celebração das convenções processuais no âmbito da recuperação judicial e, mais especificamente, no que diz respeito à dilação consensual do prazo para a apresentação do plano de recuperação judicial pelo devedor.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Recuperação Judicial. Negócio jurídico processual. Convenção processual.

Sumário – Introdução. 1. O Negócio Jurídico Processual no Código de Processo Civil de 2015. 2. A Recuperação Judicial e o Negócio Jurídico Processual. 3. A impossibilidade de dilação consensual do prazo do artigo 53 da Lei nº 11.101/05. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é refletir sobre o instituto do Negócio Jurídico Processual, trazido como cláusula geral pelo Código de Processo Civil de 2015, e sua aplicação na Recuperação Judicial, especificamente no que diz respeito à possibilidade de dilação consensual do prazo para a apresentação do plano de recuperação judicial pelo devedor.

Revela-se importante a análise do tema na medida em que o negócio jurídico processual tem como um de seus objetivos a flexibilização procedimental, adequando o procedimento às peculiaridades do caso concreto.

Também, mostra-se importante a discussão acerca da aplicabilidade do negócio jurídico processual à recuperação judicial tendo em vista a previsão expressa na Lei de Falências (Lei nº 11.101/05) de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Recuperação Judicial e à Falência (artigo 189, Lei nº 11.101).

É diante deste cenário que se desenvolve o tema da pesquisa.

No primeiro capítulo, é abordado o instituto do Negócio Jurídico Processual, introduzido como cláusula geral de negócio jurídico pelo Código de Processo Civil de 2015.



Embora não se trate de novidade absoluta, tendo em vista a previsão de negócios jurídicos processuais típicos no Código de Processo Civil de 1973, apresenta-se como novidade a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais atípicos, privilegiando-se o autorregramento pelas partes.

No segundo capítulo, partindo da previsão expressa na Lei de Falências, de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo falimentar (tanto na recuperação judicial quanto na falência), é feita uma análise da possibilidade da aplicação do negócio jurídico processual ao procedimento de recuperação judicial e do modo de aplicação do referido instituto.

No terceiro e último capítulo, é feito um estudo específico da utilização do negócio jurídico processual na recuperação judicial no que diz respeito ao prazo para apresentação do plano de recuperação judicial – mais especificamente se as partes poderiam acordar na dilação deste prazo, dando ao devedor mais tempo para estudar a situação da empresa em recuperação e elaborar a melhor forma para seu reerguimento.

É inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado.

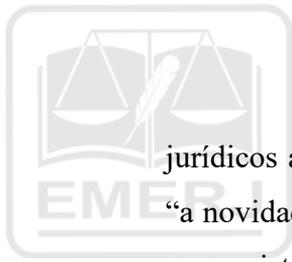
A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, já que o pesquisador mapeou a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar sua tese.

1. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O instituto do negócio jurídico processual, embora não seja novidade absoluta no Código de Processo Civil de 2015¹, foi trazido como cláusula geral de negociação processual², a possibilitar a celebração, no ordenamento jurídico brasileiro, de negócios

¹ BRASIL, *Código de Processo Civil*. Lei 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: 25. set. 2018.

² CUNHA, Leonardo Carneiro da. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 323.



jurídicos atípicos, não previstos em lei. Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves³, “a novidade, portanto, não é a criação de um fenômeno jurídico já reconhecido e presente em nosso sistema processual, mas sim sua generalização”.

Trata-se, em uma primeira análise, da realização de um novo princípio regente do Processo Civil, qual seja, o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo⁴, sendo este a concretização do direito à liberdade – direito fundamental consagrado pelo artigo 5º da Constituição da República⁵ – no âmbito do direito processual⁶.

Nas palavras de Fredie Didier Jr, “um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira”, motivo pelo qual o novo Código de Processo Civil não só permite, como também assegura e respeita o autorregramento das partes no processo⁷.

A referida cláusula geral de negociação processual está prevista no artigo 190, do novo Código de Processo Civil, que confere às partes, quando seus direitos admitirem autocomposição, o direito de ajustar o procedimento às peculiaridades da causa, podendo convencionar “sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”⁸, seja antes ou durante o curso do processo.

O novo Código de Processo Civil contempla os negócios jurídicos processuais típicos, à exemplo do que existia no Código de Processo Civil de 1973⁹, bem como os negócios jurídicos processuais atípicos.

Os negócios jurídicos processuais típicos têm lugar sempre que a lei trouxer previsão de forma expressa¹⁰. Como exemplo clássico de negócio jurídico processual, tem-se a cláusula de eleição de foro (art. 63, CPC). Entretanto, o novo diploma processual também trouxe novas modalidades de negócios típicos, como a suspensão do processo por convenção das partes (art. 313, inciso II, CPC), a escolha do mediador ou conciliador (art. 168, CPC), a escolha consensual do perito (art. 471, CPC), dentre outros¹¹.

³ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. *Manual de direito processual civil* – volume único. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 389.

⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 443.

⁵ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10. out. 2018.

⁶ *Ibid.*, p. 164.

⁷ CUNHA, op. cit., p. 322.

⁸ BRASIL, *Artigo 190*, op. cit., nota 1.

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 25. set. 2018.

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção, op. cit., p. 388.

¹¹ *Ibid.*

Já os negócios jurídicos processuais atípicos representam a liberdade das partes na celebração das convenções processuais, tendo por objeto tanto atos processuais quanto situações jurídicas processuais, conforme previsto pelo artigo 190, CPC. A título de ilustração, Fredie Didier Jr¹² enumera uma lista com alguns exemplos de negócios processuais atípicos:

acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória, acordo para dispensa de caução em execução provisória, acordo para limitar o número de testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário, acordo para tornar ilícita uma prova, litisconsórcio necessário convencional, etc.

Ainda, o negócio jurídico processual pode ser bilateral – firmado entre as partes – ou plurilateral – quando envolve as partes, e também o juiz. Embora exista discussão acerca da possibilidade de participação do juiz na celebração dos negócios processuais, fato é que em determinadas situações sua participação se mostra não só possível, mas também necessária.

Neste contexto, Humberto Theodoro Júnior¹³ elenca três modalidades de participação do juiz no negócio jurídico processual:

- a) aquelas em que o negócio produz sua plena eficácia por força da própria convenção entre os litigantes, sem depender de qualquer autorização judicial, como se dá na eleição de foro ou na renúncia ao direito de recorrer;
- b) aquelas em que o ato independe de autorização ou aprovação judicial, mas só produz eficácia no processo depois de homologado pelo juiz (v.g., desistência da ação em curso);
- c) aquelas em que o próprio negócio processual só se aperfeiçoa com a participação do juiz na sua formulação, como ocorre no saneamento consensual (art. 357, §§ 2º e 3º) e no estabelecimento do calendário processual (art. 191, *caput*).

São requisitos de validade do negócio jurídico processual: “(a) ser celebrados por pessoas capazes, (b) possuir objeto lícito e (c) observar a forma prescrita ou não vedada por lei (Código Civil, art. 104)”¹⁴. Uma vez não observados qualquer desses requisitos o negócio é reputado inválido – havendo, portanto, controle judicial do negócio jurídico.

¹² DIDIER JR, op. cit., p. 444/445.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – vol. I. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 487.

¹⁴ CUNHA, op. cit., p. 325.



Entretanto, deve-se observar que o controle judicial do negócio jurídico processual está limitado ao controle de validade do mesmo, não podendo o juiz apreciar a conveniência das partes na celebração da convenção¹⁵.

O objeto do negócio jurídico, embora amplo, possui limites, de forma que pode versar sobre procedimentos ou sobre as posições processuais das partes.

No que diz respeito ao procedimento, o artigo 190, CPC prevê que as modificações procedimentais devem estar relacionadas às peculiaridades da causa, o que criou “uma necessária correlação lógica e jurídica entre o procedimento pretendido pelas partes e a eventual especialidade da causa”¹⁶.

Com relação às posições processuais das partes, é lícito convencionar acerca de seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais – conforme disposto na parte final do *caput* do artigo 190, CPC. Observe-se que somente podem ser objeto da convenção as posições das partes, não podendo haver acordo acerca dos poderes-deveres do juiz¹⁷.

Por fim, não obstante a liberdade conferida às partes por meio da cláusula geral de negociação processual, existem limites à sua utilização.

Para Daniel Amorim de Assumpção Neves, tem-se como principal limitação à celebração da convenção processual o respeito às normas fundamentais do processo¹⁸. Neste contexto, destaca-se o enunciado 6 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis): “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”¹⁹.

As partes também não podem transigir acerca de normas processuais cogentes – aquelas impostas pela lei aos sujeitos do processo. São exemplos de normas cogentes²⁰: (i) as relativas à competência absoluta²¹ – que não pode ser modificada pela vontade das partes; (ii) as que determinam a intervenção do Ministério Público²²; e (iii) as que estabelecem o rol,

¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 258.

¹⁶ NEVES, op. cit., p. 391.

¹⁷ Ibid, p. 392.

¹⁸ Ibid., p. 399.

¹⁹ FPPC, *enunciado 6*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 10. out. 2018.

²⁰ NEVES, op. cit, p. 401-402.

²¹ FPPC, *enunciado 20*: “Não são admissíveis os seguintes negócios jurídicos bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1.ª instância”. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 10. out. 2018.

²² FPPC, *enunciado 254*: “É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica”. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 10. out. 2018.



taxativo, de recursos – que impede a criação de novos meios de impugnação de decisões judiciais pela vontade das partes.

2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

O artigo 189, da Lei nº 11.101/05²³ (Lei de Recuperação e Falências), prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos procedimentos de recuperação judicial e Falência, no que couber.

Assim, questão que surge é acerca da possibilidade de aplicação do negócio jurídico processual, previsto no art. 190, do Código de Processo Civil, no procedimento da recuperação judicial.

Marlon Tomazette²⁴ aponta para a controvérsia doutrinária que existe quanto a natureza jurídica da recuperação judicial, e defende que esta seria contratual. Paulo Sérgio Restiffe e Waldo Fazzio Júnior²⁵, por sua vez, entendem pela natureza processual contenciosa – “a recuperação judicial seria uma ação constitutiva positiva com o objetivo de superar a crise econômico-financeira pela qual passa o devedor”²⁶.

Não obstante a controvérsia apontada, sabe-se que o objetivo primordial da recuperação judicial é a superação do estado de crise enfrentado pela empresa economicamente viável. Busca-se, portanto, a recuperação da empresa mediante a tutela do Poder Judiciário²⁷.

Importante observar que a recuperação judicial não é realizada pelo Poder Judiciário, que atua apenas no controle do preenchimento dos requisitos legais e no deferimento de sua concessão. Em outras palavras, “a intervenção do Poder Judiciário é essencial para realizar o controle formal da recuperação”²⁸.

Acenando para a natureza jurídica contratual da recuperação judicial, o soerguimento da empresa em crise se dá por meio de um acordo celebrado entre devedor e credores, com a aprovação do plano de recuperação judicial.

²³ BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 26. set. 2018.

²⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*, v. 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 57.

²⁵ RESTIFFE, FAZZIO JÚNIOR apud Ibid, p. 56.

²⁶ FAZZIO JÚNIOR apud Ibid, p. 56.

²⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 224.

²⁸ TOMAZETTE, op. cit., p. 45.



Isso porque devedor, após o deferimento do pedido de recuperação judicial pelo juiz, possui o prazo de 60 dias para apresentação do plano de recuperação judicial, no qual propõe, aos credores, as medidas que considera necessárias à superação da crise econômico-financeira²⁹.

O plano é submetido à apreciação dos credores e, uma vez aprovado – com ou sem modificações – serve de norte para a solução da crise e preservação da empresa.

Devedor e credores possuem ampla liberdade para deliberar acerca do plano de recuperação – havendo restrições no que diz respeito aos créditos trabalhistas e decorrentes de acidentes de trabalho, às garantias reais e à variação cambial³⁰ –, considerando este envolve primordialmente interesses iminentemente patrimoniais de ambas as partes.

Os interesses patrimoniais inserem-se na seara dos direitos que admitem a autocomposição. Portanto, é plenamente possível a aplicação da cláusula geral que permite a celebração de convenções processuais, de acordo com a previsão do art. 190, do Código de Processo Civil.

Assim, poderiam, devedor e credores, celebrar acordos processuais no âmbito do procedimento de recuperação judicial a fim de ajustar o procedimento às peculiaridades do processo, possibilitando uma melhor forma de soerguimento da empresa.

Como já analisado no capítulo anterior, os negócios jurídicos processuais possibilitam uma flexibilização procedimental, privilegiando a autonomia da vontade das partes na resolução dos conflitos, que ganhou destaque no novo Código de Processo Civil.

A doutrina, em atenção à importância do autorregramento das partes no processo, formulou, na II Jornada de Direito Processual Civil, realizada pelo CEJ/CJF (Centro de Estudos Judiciários do Conselho Nacional de Justiça) com o apoio do Superior Tribunal de Justiça, o Enunciado nº 113 de acordo com o qual: “as disposições previstas nos arts. 190 e 191 do CPC poderão ser aplicadas ao procedimento de recuperação judicial”³¹.

Portanto, é plenamente possível a celebração de convenções processuais na recuperação judicial.

Uma vez constatada a possibilidade de celebração do negócio jurídico processual no âmbito da recuperação judicial, cumpre analisar o modo pelo qual será realizada a convenção processual.

²⁹ Ibid., p. 192.

³⁰ Ibid., p. 200-203.

³¹ CEJ/CJF, *II Jornada de direito processual civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/setembro/cej-divulga-enunciados-da-ii-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acesso em: 10. out. 2018.



Da mesma forma que o plano de recuperação judicial, a convenção processual, a fim de que produza seus regulares efeitos, também deve ser submetida à apreciação dos credores, obtendo sua aprovação.

Os credores, na recuperação judicial, são considerados como uma universalidade, manifestando sua vontade de forma coletiva³² – e não individual de cada credor – por meio da Assembleia Geral de Credores. De acordo com João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea³³, a Assembleia Geral de Credores possui “natureza de comunhão de interesses legal em abstrato”.

De acordo com o artigo 39, da Lei nº 11.101, terão direito de voto na Assembleia Geral os credores arrolados no quadro-geral de credores – que, na sua ausência será substituída pela relação elaborada pelo administrador judicial ou, na sua falta, pela lista de credores apresentada pelo devedor.

A Assembleia pode ser convocada por iniciativa do juiz, do administrador judicial, do comitê de credores ou dos credores (que representem, no mínimo, 25% do valor total dos créditos em recuperação)³⁴. É exigido um chamamento formal dos credores para participar da assembleia – convocação – de competência exclusiva do juiz³⁵.

Uma vez convocada, a Assembleia é instalada, em primeira convocação, se alcançar o quórum de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor ou, em segunda convocação, com qualquer número de credores – artigo 37, § 2º, da Lei nº 11.101.

Após os debates acerca das matérias que ensejaram a convocação da Assembleia Geral – constantes da ordem do dia – estas são submetidas a votação.

Ressalvadas as matérias relacionadas ao plano de recuperação, os votos dos credores são proporcionais aos valores de seus créditos, na forma estabelecida pelo artigo 38, da Lei nº 11.101.

As matérias serão consideradas aprovadas uma vez alcançado o quórum de mais da metade do valor total dos créditos presentes na Assembleia Geral – à exceção das deliberações sobre o plano de recuperação.

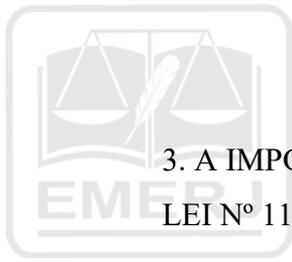
Portanto, conclui-se que, no que diz respeito aos negócios jurídicos processuais, estes serão celebrados após serem submetidos à apreciação e deliberação dos credores em Assembleia Geral, somente realizando-se mediante aprovação por voto de mais da metade dos valores dos créditos presentes na Assembleia.

³² TOMAZETTE, op. cit., p. 138.

³³ SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, op. cit., p. 182.

³⁴ Ibid., p. 188.

³⁵ TOMAZETTE, op. cit., p. 141-142.



3. A IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO CONSENSUAL DO PRAZO DO ARTIGO 53 DA LEI Nº 11.101/05

O artigo 53 da Lei nº 11.101/05, prevê que o devedor, após o deferimento do processamento da recuperação judicial, possui o prazo de 60 dias para apresentar o plano de recuperação judicial. O termo inicial desse prazo é a decisão que defere o processamento da recuperação.

O plano de recuperação judicial é uma primeira proposta de acordo por parte do devedor aos credores, compreendendo “medidas necessárias para a superação da crise econômico-financeira”³⁶. De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, trata-se da peça mais importante da recuperação judicial³⁷.

A fim de possibilitar o reerguimento da empresa, o devedor utiliza-se dos chamados meios de recuperação, que envolvem medidas desde financeiras, societárias, referentes à gestão do devedor, captação de recursos, até a transferência da atividade³⁸. Esses meios estão previstos, de forma não exaustiva, nos incisos do artigo 50, da Lei nº 11.101.

Como as medidas de recuperação afetam diretamente o recebimento dos créditos pelos credores, uma vez apresentado o plano, para que ele produza seus efeitos, deve ser aprovado pelos próprios credores³⁹.

O plano pode ser aprovado de diferentes maneiras. A primeira delas, é a forma tácita⁴⁰ – quando não há objeção dos credores ao que foi apresentado. Havendo objeção, cabe ao juiz a convocação de uma assembleia geral, a fim de que os credores deliberem sobre o plano, que será aprovado atingindo-se o quórum do artigo 45, da Lei nº 11.101. Por fim, caso não seja alcançado o quórum em assembleia, e, conseqüentemente, não tenha havido a aprovação do plano, poderá o juiz conceder a recuperação, desde que preenchidos os requisitos previstos no parágrafo primeiro, do artigo 58, da Lei nº 11.101 – o que é conhecido como *cram down*.

Somente com a aprovação do plano ou na hipótese de aplicação do *cram down*, estará celebrado o acordo⁴¹ entre devedor e credores para viabilizar o reerguimento da

³⁶ Ibid., p. 191.

³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 431.

³⁸ TOMAZETTE, op. cit., p. 193-200.

³⁹ Ibid., p. 205.

⁴⁰ Ibid., p. 206.

⁴¹ Para Marlon Tomazette, a recuperação judicial possui natureza de acordo. Ibid., p. 205.



empresa, de onde conclui-se a importância da apresentação do plano de recuperação na forma estabelecida pela lei.

Conforme previsão expressa do artigo 53, da Lei nº 11.101, o prazo de 60 dias para a apresentação do plano é improrrogável e, caso não seja observado, ocorre a convocação da recuperação judicial em falência. Medida tão drástica se justifica porque representa “uma falta de cuidado [do devedor] incompatível com a recuperação da empresa”⁴².

Ademais, o cumprimento dos prazos estabelecidos em lei garante a segurança jurídica e colabora para a celeridade do procedimento⁴³, a fim de superar a situação de crise da empresa.

Nesse contexto, e tendo em vista a possibilidade de aplicação do artigo 190 do Código de Processo Civil ao processo de recuperação judicial, uma questão interessante que se apresenta é acerca da possibilidade de dilação convencional do prazo para apresentação do plano de recuperação judicial.

Entende-se que a resposta a essa questão deve ser negativa.

Embora seja possível a realização de convenções processuais para adequar o procedimento às peculiaridades da causa, a possibilidade de dilação convencional do prazo para a apresentação do plano de recuperação judicial pelo devedor não se mostra eficiente ou adequada ao processo de recuperação judicial.

Em um primeiro momento, há que se destacar que antes da apresentação do plano, e eventual impugnação por parte dos credores, a relação processual ainda não está formada. Embora não exista, na recuperação judicial, um réu propriamente dito, fato é que os credores compõem um dos polos da relação processual⁴⁴.

Considerando a ausência dos credores no polo passivo, inviável se mostra a celebração de um acordo entre eles e o devedor, qual seja, o negócio jurídico processual para a dilação do prazo de apresentação do plano de recuperação.

Ainda, importante observar que, para este negócio jurídico processual em especial, há necessidade de concordância não só dos credores, mas também do juiz, a indicar a hipótese de negócio jurídico processual plurilateral.

Em um segundo momento, a ausência do quadro geral de credores, antes da apresentação do plano de recuperação judicial, se revela como um óbice à celebração da convenção processual.

⁴² Ibid., p. 204.

⁴³ SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, op. cit., p. 361.

⁴⁴ TOMAZETTE, op. cit., p. 69.



Durante o prazo previsto para a apresentação do plano de recuperação judicial, concomitantemente tem-se o processo de verificação e habilitação de créditos, conduzido pelo administrador judicial, conforme previsão do artigo 7º, da Lei nº 11.101.

Realizado esse procedimento, o administrador judicial apresentará uma lista de credores (segunda relação de credores) que, uma vez homologada pelo juiz, representará o quadro geral de credores⁴⁵. Havendo impugnações a esta lista, elas serão apreciadas e julgadas pelo juiz e, posteriormente, serão os créditos consolidados – pelo administrador judicial – em uma terceira lista⁴⁶.

O quadro geral de credores é composto pela relação completa de todos os credores submetidos à recuperação judicial⁴⁷, relação esta oriunda das listas do devedor e do administrador judicial.

Embora o quadro geral de credores possa sofrer modificações no curso do processo, após ser homologado pelo juiz ele se apresenta como o mais definitivo possível. Em outras palavras, é composto por todos os credores, ou pela grande maioria deles.

Assim, antes da consolidação do quadro geral de credores, não há como afirmar que a vontade expressada por uma eventual Assembleia Geral de Credores representará efetivamente a vontade de todos os credores (ou de sua maioria).

Não sendo possível aferir a vontade real do conjunto de credores, não se mostra razoável a possibilidade de celebração de um acordo que altere o procedimento da recuperação judicial.

Por fim, em um terceiro momento, revela-se como óbice à celebração de negócio jurídico processual a sua materialização no âmbito da recuperação judicial.

Os credores, no âmbito da recuperação judicial, são tratados como uma universalidade, devendo “haver uma integração de todos os credores, formando uma comunhão, de forma que haja uma vontade coletiva, e não diversas vontades individuais”⁴⁸. Assim, conforme exposto anteriormente, suas decisões são tomadas por meio de votação em assembleia geral de credores, seguindo o quórum determinado em lei (art. 42, Lei nº 11.101).

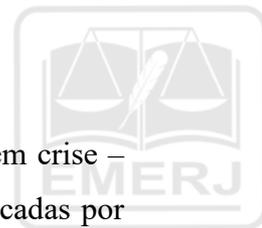
Portanto, para fins de celebração de uma convenção processual, seria necessária a convocação de uma Assembleia Geral de Credores exclusivamente para a votação da possibilidade de dilação do prazo para apresentação do plano de recuperação.

⁴⁵ SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, op. cit., p. 146.

⁴⁶ Ibid., p. 152.

⁴⁷ TOMAZETTE, op. cit., p. 183.

⁴⁸ Ibid., p. 138.



Tal medida geraria um custo que se mostra incompatível com o devedor em crise – as despesas de uma assembleia geral convocada a pedido do devedor devem ser arcadas por ele⁴⁹.

Ressalte-se que apenas o juiz pode convocar, formalmente, a assembleia geral⁵⁰, o que levaria à movimentação do judiciário apenas para a realização do negócio jurídico processual. Além disso, uma vez submetida ao juiz a convocação da Assembleia, outras questões complexas poderiam ser levantadas, como por exemplo, se o juiz poderia rejeitar, de plano, a proposta de dilação do prazo para apresentação do plano – interferindo na própria celebração do negócio, eis que plurilateral.

Por todo o exposto, verifica-se a incompatibilidade do negócio jurídico processual com o disposto no artigo 53, da Lei nº 11.101, não sendo possível a realização de convenção processual – entre devedor e credores – para dilatar o prazo para a apresentação do plano de recuperação judicial.

CONCLUSÃO

Este trabalho constatou, como problemática essencial, a possibilidade de aplicação do negócio jurídico processual ao processo de recuperação judicial, não obstante a impossibilidade de dilação consensual do prazo para a apresentação do plano de recuperação judicial pelo devedor.

A evolução trazida pelo novo Código de Processo Civil, no que diz respeito à valorização, e o incentivo, ao princípio do autorregramento das partes é um fenômeno que deve se expandir para as demais áreas do Direito que versem sobre direitos que admitam autocomposição – como é o caso da recuperação judicial.

Deve-se ter em vista que a utilização das convenções processuais visa a trazer uma flexibilização ao procedimento a fim de garantir um bem maior, qual seja, a efetiva solução do conflito com a participação ativa dos sujeitos do processo.

É de se observar que a flexibilização trazida pelo negócio jurídico processual abrange tanto o procedimento em si – adequando-o às peculiaridades da causa –, quanto às posições processuais – conferindo às partes o direito de acordar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

⁴⁹ SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, op. cit., p. 197.

⁵⁰ TOMAZETTE, op. cit., p. 142.



A orientação da doutrina, no sentido da aplicação das convenções processuais à recuperação judicial, se mostra de acordo com a evolução do Direito Processual, e com os objetivos pretendidos pelo novo Código de Processo Civil. Inclusive proporcionando uma prestação jurisdicional mais satisfatória aos jurisdicionados.

A possibilidade de devedor e credores poderem celebrar acordos processuais no âmbito da recuperação judicial – a fim de adequar o procedimento às peculiaridades da crise econômico-financeira enfrentada pela empresa – importa, além da valorização do autorregramento das partes, em observância ao princípio da conservação da empresa, sendo este o principal objetivo da recuperação.

Entretanto, o entendimento a que chegou esta pesquisadora aponta que, embora a utilização das convenções processuais seja possível no âmbito da recuperação judicial, não se pode esquecer que esta não é cabível quando incompatível com o procedimento, à exemplo do que ocorre com o prazo para apresentação do plano de recuperação judicial.

Os óbices apontados à dilação consensual do prazo para apresentação do plano de recuperação judicial – a inexistência de relação processual formada antes da apresentação do plano, a ausência do quadro de credores, a impossibilitar a formação da vontade conjunta dos credores e a necessidade de realização de uma Assembleia Geral de Credores, envolvendo custos incompatíveis com a crise, apenas para a dilação do prazo – são efetivos, e, a princípio, intransponíveis.

Verificou-se, portanto, a existência de limites à celebração do negócio jurídico processual na recuperação judicial, não podendo as partes realizarem convenções sobre todo e qualquer ato do procedimento recuperacional.

Esta pesquisa pretendeu sustentar que, consoante previsão do artigo 189, da Lei nº 11.101, norma que garante a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à recuperação judicial no que couber, a celebração de negócios jurídicos processuais entre devedor e credores deve sempre ser compatível com o procedimento de recuperação, a fim de alcançar seu objetivo maior, qual seja, a superação da crise enfrentada e consequente preservação da empresa.

Assim, por todo o exposto, esta pesquisadora defende que é possível a celebração de negócios jurídicos processuais no âmbito da recuperação judicial não sendo possível, entretanto, a dilação consensual do prazo previsto no artigo 53, da Lei nº 11.101 – para a apresentação do plano de recuperação pelo credor –, por ser incompatível com o objetivo da recuperação judicial.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Código de Processo Civil*. Lei 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: 25. set. 2018.

_____, *Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 25. set. 2018.

_____, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10. out. 2018.

_____, *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 26. set. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CEJ/CJF, *II Jornada de direito processual civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/setembro/cej-divulga-enunciados-da-ii-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acesso em: 10. out. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

FPPC, *Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 10. out. 2018.

NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*, v. 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA INAPLICABILIDADE EM FACE DO MÍNIMO EXISTENCIAL À SAÚDE: UMA DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Leonardo Augusto de Freitas Sequeira

Graduado pela Universidade Cândido
Mendes - Campus Niterói. Advogado.

Resumo- A saúde é componente básico para que o cidadão tenha uma vida digna. Se por um lado atesta-se a sua essencialidade, pelo outro, não se pode descuidar de que sua efetivação encontra óbice nas limitações financeiras dos entes públicos. Vislumbra-se, nesse contexto, o embate existente entre a reserva do possível e o chamado mínimo existencial, sendo a tônica deste trabalho de pesquisa defender que, muito embora existente a limitação de ordem orçamentária, ela jamais poderá se sobrepor a direitos assegurados constitucionalmente.

Sumário- Introdução. 1. A intromissão do Judiciário nas políticas públicas de saúde: uma discussão em torno da separação de poderes e do princípio da igualdade voltada aos medicamentos de alto custo. 2. A escassez de recursos públicos e os medicamentos de alto custo: uma ponderação necessária entre a reserva do possível e o mínimo existencial?. 3. Princípio da reserva do possível e sua aplicabilidade em face do mínimo existencial: uma discussão em torno dos medicamentos de alto custo. Conclusão. Referências.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Saúde. Reserva do possível. Mínimo existencial.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a temática da inaplicabilidade do princípio da reserva do possível à luz do mínimo existencial à saúde pública, pautando sua discussão no âmbito do fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais do tema, sobretudo as do Supremo Tribunal Federal, de sorte a permitir que se discuta a aplicabilidade do princípio da reserva do possível em face do fornecimento de medicamentos de alto custo não contemplados pelas listas do Sistema Único de Saúde.

A saúde, erigida à condição de direito fundamental pelo legislador constituinte de 1988, é componente indispensável para que o cidadão tenha uma vida digna, sendo dever do Estado, por meio de políticas públicas, garantir a sua efetivação e o seu acesso de maneira universal, irrestrita e igualitária a todas as pessoas, sem qualquer distinção.



Nesse contexto, como forma de dar efetividade a este direito, foi criado o SUS cuja estrutura é materializada pela Lei nº 8.080/1990 que prevê, dentre outras ações e serviços, a assistência farmacêutica. Entretanto, não é incomum um paciente precisar de determinado medicamento específico, que se encontra em falta ou que não é fornecido pelo SUS e não ter condições para adquiri-lo, o que vem acarretando o ajuizamento de inúmeras ações judiciais no sentido de compelir o Poder Público a fornecer o medicamento.

É nessa seara que surge o embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Se por um lado é correto afirmar que o direito à saúde depende, para sua plena efetivação, dos recursos públicos disponíveis, sendo um limitador da atuação estatal, por outro, tal argumento não pode conduzir a uma verdadeira omissão do Estado, violando-se o direito a vida, sem o qual não há que se falar na existência de outros direitos.

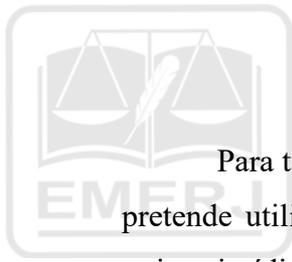
O tema é complexo e de suma relevância, tendo inúmeras controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais pátrios, uma vez que é sempre complicado o debate entre resguardar o direito à vida em contraponto a manter um adequado equilíbrio orçamentário que não venha a onerar excessivamente os cofres públicos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discutindo se é possível afirmar que a intromissão do Judiciário nas políticas públicas de saúde envolvendo medicamentos de alto custo viola os princípios da separação de poderes e da igualdade, de modo a demonstrar que a intervenção judicial não viola os referidos princípios, cabendo ao juiz, no caso concreto, se utilizar do critério da ponderação de interesses para solucionar eventuais conflitos.

Prossegue-se, no segundo capítulo, a análise do conceito indeterminado de mínimo existencial, buscando explicar que a sua aplicabilidade, considerando a escassez de recursos públicos, deverá se dar de maneira cautelosa, de sorte a permitir o afastamento da cláusula de reserva do possível, compelindo o ente público a efetivar aquele direito previsto na Constituição.

No terceiro capítulo, tema central deste trabalho de pesquisa, aborda-se o embate, no campo do fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS, entre o princípio da reserva do possível e a ideia de mínimo existencial, com o propósito de defender o resguardo ao catálogo mínimo de direitos previstos na Constituição, analisando-se os principais argumentos doutrinários e as decisões mais recentes prolatadas pelos tribunais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo, a que se pretende eleger hipóteses as quais se acredita serem adequadas para enfrentar o objeto de pesquisa, tendo por objetivo rejeita-las ou comprova-las.



Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, uma vez que se pretende utilizar a bibliografia pertinente ao tema, qual seja, livros de doutrina, revista de artigos jurídicos, jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e a legislação correspondente.

1- A INTROMISSÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: UMA DISCUSSÃO EM TORNO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE VOLTADAS AOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou, em seu bojo, uma gama de direitos e garantias fundamentais inerentes aos próprios seres humanos, dentre os quais se destacam o direito à vida; à habitação e moradia dignas e, mais especificamente, o direito à saúde, positivado expressamente no art.196 da CRFB/1988¹, objeto central que irá permear todas as discussões travadas neste trabalho de pesquisa.

A respeito do dispositivo constitucional em comento, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco² explicam que quando a norma veicula a expressão “direito de todos”, está se referindo expressamente a um duplo aspecto, ou seja, se, por um lado, é possível vislumbrar um aspecto coletivo de proteção, pelo outro, encontra-se o aspecto individual, materializado no sentido de se atribuir ao direito à saúde um caráter de direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que acabam por conduzir o indivíduo e o Poder Público a uma relação jurídica de cunho obrigacional.

Prosseguem os citados autores³, neste sentido, que a garantia do direito à saúde mediante a implementação de políticas sociais e econômicas ressalta, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que visem a sua efetivação mediante alocação de recursos públicos escassos, levando-se em consideração a própria evolução natural da medicina, que atribui um caráter programático do direito à saúde, porquanto sempre haverá novas descobertas, exames, procedimentos cirúrgicos ou doenças a serem erradicados.

Por fim deve ser registrado, ainda, ter o legislador constituinte de 1988 estabelecido que o acesso à saúde deverá ser garantido pelo Estado a todos os indivíduos de maneira

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.696.

³ Ibid., p.697.



universal e igualitária, reforçando-se, desta forma, o caráter solidário dos entes públicos da Federação no tocante a sua devida prestação e efetivação.

O presente capítulo tem por escopo debater se a intromissão do Judiciário na formulação e elaboração de políticas públicas a cargo do Executivo representaria uma violação aos princípios da separação de poderes e da igualdade, bem como, sobre que medidas poderiam ser tomadas pelo juiz para resolver esta questão.

Kellen Cristina de Andrade Ávila⁴ afirma que, no contexto do Estado Democrático de Direitos, cabe ao Poder Público o dever de efetivar tais direitos, em especial aqueles eleitos pelo constituinte como componentes do chamado mínimo existencial, possuindo tal função primazia sobre as demais funções estatais, sendo certo de que este dever justifica a intervenção do Poder Judiciário para garantir a efetividade dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Nessa toada prossegue a citada autora dizendo que, não obstante a obediência ao princípio da separação de poderes, a realidade atual exige um Judiciário proativo e participativo, capaz de solucionar litígios das mais diversas amplitudes, sobretudo com relação às questões políticas que frequentemente são levadas para a sua apreciação⁵.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶ tem assentado o seu entendimento no sentido de permitir que o Judiciário intervenha nessas questões asseverando, entretanto, que, muito embora a formulação de políticas públicas voltadas à saúde sejam uma prerrogativa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo, revela-se possível, em situações excepcionais, a ingerência do Judiciário, sobretudo nos casos em que tais políticas públicas são definidas pelo texto constitucional, cujo descumprimento mostra-se apto a comprometer a integridade dos direitos sociais.

Assim pode-se concluir, diante dos argumentos acima esposados, que a intromissão do Judiciário, constatada o desrespeito e a omissão no tocante ao cumprimento de políticas públicas já existentes, aqui fazendo-se referência a distribuição e o fornecimento de medicamentos, afigura-se como totalmente legítima, não havendo que se falar, nessa seara, em quaisquer violações ao princípio da separação de poderes.

⁴ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. *O controle judicial de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-controle-judicial-das-politicas-publicas,47240.html>>. Acesso em: 20 mai.2018.

⁵ Ibidem.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº 410715- AgR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+410715%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+410715%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bfjeflc>> Acesso em: 20 mai. 2018.



Verificada, portanto, a legitimidade do Judiciário, no sentido de fazer cumprir políticas públicas, objetivando concretizar e resguardar os direitos fundamentais sociais insculpidos no texto constitucional, passa-se a analisar se, tais intervenções, representariam uma afronta ao princípio da igualdade, bem como que medidas podem ser tomadas pelo magistrado para solucionar estas questões.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁷ ressaltam a necessidade de se realizarem ponderações, observadas as especificidades de cada caso concreto, tendo como ponto de partida o próprio texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde.

A saúde, enquanto direito fundamental dotado de grande valor constitucional, por inúmeras vezes, se vê colidindo com outros direitos ou interesses. No tocante ao seu aspecto financeiro orçamentário, mais precisamente no confronto entre o direito à saúde e o princípio da reserva do possível, este será analisado e dissecado em momento oportuno. Por outro lado, em se tratando de colisão entre o referido direito e o princípio da igualdade, deve ser aplicada a técnica da ponderação de interesses.

Não raro, numa determinada hipótese fática, ocorre de dois direitos colidirem diretamente, como naquelas situações em que se têm dois direitos à vida ou dois direitos à saúde em conflito. Nesses casos caberá ao juiz, com parcimônia e prudência, utilizar-se da técnica da ponderação, objetivando conferir ao princípio o máximo de efetividade, ressaltando que a predominância de um direito sobre o outro somente será aferida à luz das peculiaridades do caso concreto.

A respeito da colisão entre princípios constitucionais, como forma de tentar compatibilizar e apresentar soluções ao conflito travado entre o direito à saúde e o princípio da igualdade, Luís Roberto Barroso⁸ enfatiza que “elas decorrem do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissário que é a Constituição”.

Conclui-se, portanto, diante dos argumentos acima esposados que, embora não haja qualquer óbice à intromissão do Judiciário nas políticas públicas destinadas à saúde, conforme demonstrado em momentos anteriores, no tocante ao confronto deste direito com o princípio da igualdade, mostra-se a necessidade do julgador, em cada caso concreto, como forma de não onerar excessivamente os cofres públicos, utilizar-se da técnica da ponderação.

⁷ MENDES; BRANCO, op.cit., p.696.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.353.



2- A ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS E OS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: UMA PONDERAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL?

O presente capítulo objetiva enfrentar e analisar a aplicabilidade da teoria da reserva do possível frente ao impasse na execução do orçamento público, mormente quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais, confrontando-se a supracitada teoria com a ideia de mínimo existencial, fundada nas correntes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema.

Primeiramente, antes de proceder ao cerne da discussão, objeto deste capítulo, cumpre apresentar, em âmbito doutrinário, os conceitos de reserva do possível e de mínimo existencial. Nesse sentido, segundo Marcelo Novelino⁹, a teoria da reserva do possível se consubstancia numa limitação de ordem fática e jurídica oponível a realização e efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo aqueles de caráter prestacional.

Prossegue o referido autor¹⁰, ainda, que a referida teoria deverá ser analisada sob três dimensões ou prismas distintos, a saber: a disponibilidade fática; a disponibilidade jurídica; a razoabilidade e proporcionalidade da prestação exigida.

Nathalia Masson¹¹, em comentários a primeira dimensão, qual seja, a existência de disponibilidade fática, explica que tal requisito deverá ser analisado não sob a ótica de uma demanda individual formulada perante o Estado, mas sim, sob o viés das inúmeras demandas similares apresentadas permitindo aos demais indivíduos, em situação jurídica idêntica, pleitearem a mesma pretensão.

Por outro lado, com relação à presença de disponibilidade jurídica, remete-se a temática da intromissão do Poder Judiciário no controle de políticas públicas elaboradas pelos poderes legislativo e executivo, sendo perfeitamente possível como já assentado em conformidade com entendimentos jurisprudenciais, tal possibilidade assegurando-se legitimidade ao Judiciário para estes fins.

Por fim há que se observar, também, a terceira e mais importante dimensão da teoria da reserva do possível, pautada na exigência de aquela prestação exigida seja razoável e proporcional. De fato, como já se evidenciou em passagens anteriores deste trabalho os

⁹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. Bahia: Jus Podivm, 2015, p.521.

¹⁰ *Ibidem*, p.521.

¹¹ MASSON, Nathalia. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Bahia: Jus Podivm, 2015, p.291.



direitos sociais fundamentais, enquanto direitos de cunho prestacional, impondo uma obrigação de fazer ao Estado, devem se adequar as reservas orçamentárias deste.

A partir da definição das três dimensões que integram a chamada cláusula de reserva do possível, adentra-se, agora, ao cerne da questão problema, objeto de análise deste tópico, consubstanciada na possibilidade de os Poderes Públicos alegarem a existência de reserva do possível em detrimento dos direitos mais básicos do cidadão, integrantes do denominado mínimo existencial.

Cuida-se de se definir, em primeiro lugar, o que mais precisamente vem a ser mínimo existencial e o seu núcleo de atuação. Luís Roberto Barroso¹² afirma que ele “expressa um conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa [...]”.

Ana Paula de Barcellos¹³, por sua vez, ao tratar dos elementos componentes da ideia de mínimo existencial, explica que:

a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade, estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos deverá se investir.

Vista a ideia do mínimo existencial e o seu núcleo, passa-se analisar o cerne da questão a ser enfrentada neste tópico, qual seja, pode o Poder Público, pautado em sua limitação orçamentária, alegar a existência de reserva do possível como forma de se escusar a cumprir direitos básicos insculpidos no texto constitucional?

Para Marcelo Novelino¹⁴ a possibilidade dos entes públicos alegarem a reserva do possível como forma de afastar os direitos que compõe o mínimo existencial é bastante discutida havendo quem defenda, por um lado, não existir um direito absoluto ao mínimo existencial, cabendo ao Estado demonstrar ser o direito pleiteado indispensável. Pelo outro, há quem atribua um caráter absoluto ao mínimo existencial, devendo preponderar sobre a cláusula da reserva do possível.

¹²BARROSO, op. cit., p.202.

¹³BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2002, p.245-246.

¹⁴NOVELINO, op. cit., p.523 e 524.



Nessa toada o Supremo Tribunal Federal¹⁵ já teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria no julgamento do Recurso Extraordinário de número 482.611/SC. Na ocasião o Ministro Celso de Mello, relator do recurso, ao proferir seu voto, ressaltou a “impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula de reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”.

Conclui-se, assim, segundo o entendimento jurisprudencial acima esposado, que Poder Público não poderá alegar a incidência da referida cláusula sempre que ela vier a inviabilizar o exercício dos direitos sociais inseridos no contexto do chamado mínimo existencial, portanto, essenciais a dignidade do indivíduo.

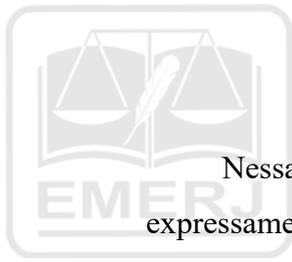
Entretanto, lembre-se, os direitos sociais insculpidos no texto constitucional somente podem ser efetivados de maneira plena e satisfatória mediante a presença de recursos financeiros cabendo ao juiz, portanto, em cada situação concreta, ponderar se aquela pretensão deduzida e dirigida em face do Estado é razoável e proporcional, afim de não acarretar um ônus excessivo ao erário público.

3- PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICABILIDADE EM FACE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA DISCUSSÃO EM TORNO DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

O presente capítulo tem por escopo analisar o cerne deste trabalho de pesquisa, consistente em verificar, no âmbito do fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS, o embate entre o princípio da reserva do possível e a ideia de mínimo existencial, à luz dos entendimentos mais recentes dos tribunais superiores.

O princípio da reserva do possível, analisado em momento anterior, consubstancia uma limitação de ordem fática e jurídica oponível a plena efetivação e consecução de direitos fundamentais, em especial aqueles direitos obrigacionais que impõe uma atuação positiva por parte do Estado, devendo ser estudado sob os seus três prismas fundamentais: disponibilidade jurídica; disponibilidade fática; proporcionalidade e razoabilidade nas prestações a serem exigidas.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº482.611*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8548112/recurso-extraordinario-re-482611-sc-stf>>. Acesso em: 28 ago.2018.



Nessa toada, muito embora a Constituição da República¹⁶, em seu art.196, determine expressamente que a saúde é um direito de todos, devendo ser provida pelo Poder Público mediante a elaboração de políticas públicas e sociais voltadas para esses fins, em algumas situações, sobretudo naquelas em que se reclamam prestações estatais de alto custo, a exigência constitucional torna-se inviável sendo necessário, portanto, com o fito de alocação dos recursos públicos, invocar o princípio da reserva do possível.

A reserva do possível, apesar de fundamental, dado o caráter escasso dos recursos públicos que permeiam a implementação de direitos fundamentais sociais, não poderá ter a sua aplicação banalizada, sob o risco de eximir o Poder Público de cumprir o dever constitucionalmente previsto. Nesse sentido, a prestação do direito social, além de levar em consideração a capacidade financeira do ente público, também deverá considerar a importância do direito a ser resguardado, tomando por base a ideia de mínimo existencial, explicada e aprofundada em capítulo anterior, para o qual se remete.

Revistos os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível, passa-se a analisar o cerne desta questão, qual seja se incide, em todo e qualquer caso, a reserva do possível no âmbito do fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS, ou se ela deverá ser compatibilizada com o mínimo existencial.

Importante, neste ponto, comentar o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada de número 175- CE, pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷, que fixou parâmetros de atuação do Poder Judiciário nos casos envolvendo demandas que tratem do fornecimento de medicamentos, servindo de paradigma para os demais tribunais.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁸ ao comentarem a referida decisão afirmaram que o Supremo Tribunal Federal levou em consideração, primeiramente, a existência, ou não, da respectiva política estatal que abarque a prestação de saúde exigida pela parte. Desta forma o Judiciário, ao viabilizar uma política formulada pelo SUS, não está criando qualquer política pública, mas apenas determinando o cumprimento de uma política já existente.

Num segundo momento deverão ser analisadas as motivações que levaram o SUS a negativa do fornecimento de determinada prestação, porquanto, em inúmeros casos, ações são

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA AGR nº175*. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135836/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>>. Acesso em: 13 ago.2018.

¹⁸ MENDES; BRANCO, op. cit., p.725.



ajuizadas obrigando o SUS a garantir uma determinada prestação que ele decidiu não custear pela ausência de respaldo científico para autorizar sua inclusão.

Prosseguem os citados autores¹⁹, nesse interim, dizendo que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer prestação de saúde geraria um comprometimento do próprio SUS, tornando prejudicado o atendimento médico devendo, como regra, ser priorizado o tratamento oferecido pela rede pública em detrimento daquele escolhido pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficiência da política de saúde já existente.

Por fim registre-se a indispensabilidade da realização de uma instrução processual, com farta produção de provas, de sorte a permitir ao julgador, em qualquer situação, analisar as peculiaridades do caso concreto.

Estabelecido que a Suprema Corte fixou parâmetros para a atuação do Judiciário nos demais casos envolvendo o fornecimento de medicamentos, servindo de paradigma aos tribunais, questiona-se se seria possível ao Judiciário, nesse sentido, compelir os entes públicos a fornecerem medicamentos de alto custo, não listados pelo SUS.

No tocante aos medicamentos não listados pelo SUS cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça²⁰, recentemente, no julgamento do Recurso Especial de nº1657.156- RJ, entendeu ser possível a concessão do medicamento, desde que observados, cumulativamente, três requisitos, a saber: comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido pelo médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade do paciente de arcar com o medicamento prescrito; existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária(ANVISA).

Ressalta-se, entretanto, que apesar da referida decisão tomada na sistemática dos recursos repetitivos, a questão do fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS ainda encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal por meio dos Recursos Extraordinários de nº 556.471²¹ e nº 657.718²².

¹⁹ Ibidem.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº1657.156*. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/relatorio-e-voto-574252536?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 set.2018.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº566.471*. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311630529/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-566471-rn-rio-grande-do-norte>> Acesso em: 17 set.2018.

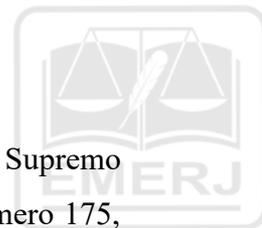
²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº657.718*. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629411/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-657718-mg-minas-gerais/inteiro-teor-311629421?ref=juris-tabs>> Acesso em:18 set.2018.

O presente trabalho de pesquisa abordou e discutiu a temática do princípio da reserva do possível e sua inaplicabilidade em face do mínimo existencial à saúde, tendo como objeto central de discussão a seara dos medicamentos de alto custo não listados pelo SUS- Sistema Único de Saúde, chegando-se a conclusão que, apesar do Supremo Tribunal Federal, no de ano de 2004, quando do emblemático julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 45, da lavra do ministro Celso de Melo, ter decidido pelo afastamento da reserva do possível quando confrontada com o mínimo existencial, isto é, com o catálogo mínimo de direitos assegurados pela Constituição da República, as questões pertinentes ao fornecimento de medicamentos de alto custo não abarcados pelo SUS ainda encontram-se pendentes de julgamento na Suprema Corte.

Importante destacar, nesta seara, que a saúde, enquanto pressuposto básico e indispensável para que o cidadão tenha uma vida digna, fora erigida pelo legislador constituinte de 1988 como um direito social fundamental dentro da atual Constituição da República, incumbindo ao Estado a garantia de seu acesso de maneira universal, irrestrita e igualitária a todos os indivíduos, mediante a elaboração e consecução de políticas públicas afirmativas.

Entretanto, enquanto direito de cunho prestacional, a saúde necessita, para a sua plena efetivação e concretização, da alocação de recursos públicos os quais, por vezes, dada a situação de escassez, obrigam o Poder Público a tomar decisões no sentido de como alocar tais recursos, priorizando determinadas questões, não se mostrando aptas a resolver todas as necessidades dos cidadãos fazendo com que estes, muitas vezes, tenham de recorrer ao Judiciário como forma de obrigar o ente público a cumprir aquilo que está diretamente previsto na Constituição.

A atuação do Poder Judiciário ganha relevância, sobretudo quando da eventual colisão entre direitos fundamentais, exigindo que seja realizado um juízo de ponderação como forma de não comprometer o orçamento público. De fato, em que pese à eficácia dos direitos sociais assegurados constitucionalmente esteja intrinsecamente ligada as questões orçamentárias, estas não podem servir como óbice a eximir o Estado de qualquer responsabilidade, comprometendo a plena efetivação daqueles direitos de sorte que, conforme o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, na citada ADPF número 45, a reserva do possível deverá ser afastada quando violado o catálogo mínimo de direitos expressos na Constituição.



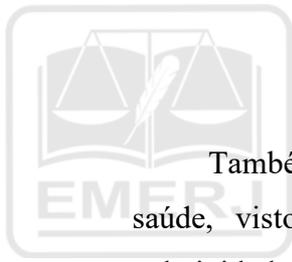
No tocante ao fornecimento de medicamentos destacou-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada de número 175, acabou por fixar diretrizes para que o Judiciário pudesse atuar nas demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos, sendo certo, todavia, conforme amplamente demonstrado, que tais parâmetros fixados não eram seguidos por juízes e tribunais que, em sua atuação prática, na resolução dos litígios, continuavam a conceder aquela prestação de maneira irrestrita, sem observar as peculiaridades dos casos concretos as quais lhe foram submetidos para o seu julgamento.

Ademais, ainda no que tange ao fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS, cerne do trabalho de pesquisa, destacou-se a recentíssima orientação do Superior Tribunal de Justiça, firmada na sistemática dos recursos repetitivos, que autorizou o Poder Judiciário a compelir o ente público a fornecer medicamentos não relacionados nas listas do SUS, desde que, cumulativamente: comprove, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido pelo médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; demonstre a incapacidade do paciente de arcar com o medicamento prescrito; existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária(ANVISA).

Percebe-se, portanto, que o objetivo deste trabalho de pesquisa, qual seja, analisar a inaplicabilidade do princípio da reserva do possível frente ao chamado mínimo existencial, considerando o fornecimento de medicamentos de alto custo não listados pelo SUS, fora devidamente cumprido, muito embora, apesar da decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, repita-se, em recurso repetitivo, a questão dos medicamentos de alto custo ainda encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, em que pese a jurisprudência pátria tenha consolidado o seu entendimento no sentido de prestigiar o mínimo existencial em detrimento da reserva do possível, é necessário sempre reforçar que cabe ao magistrado, em cada caso concreto, avaliar as suas peculiaridades e realizar, sempre que possível, um juízo de ponderação, afim de não comprometer o orçamento público.

Por derradeiro deve ser salientado que esta pesquisa teve um grau significativo de importância, haja vista ter contribuído para um maior conhecimento, compreensão e aprofundamento do tema que, embora tenha jurisprudência firmada, ainda padece de discussões, sobretudo no tocante aos medicamentos de alto custo não listados pelo SUS.



Também não se pode deixar de ressaltar o relevante cunho social do tema direito à saúde, visto que sua abordagem relaciona e lida diretamente com os interesses da coletividade. Assim, sendo a saúde erigida a condição de direito fundamental, essencial a uma vida digna, nesse contexto, se faz necessário ressaltar o quão o Brasil é deficitário em sua prestação por meio da ausência de adoção de políticas públicas eficientes e afirmativas.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. *O controle judicial de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-controle-judicial-das-politicas-publicas,47240.html>> . Acesso em: 20 maio.2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 maio. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº 410715- AgR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762513/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-410715-sp>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº482.611*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8548112/recurso-extraordinario-re-482611-sc-stf>>. Acesso em: 28 ago.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA AGR 175*. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135836/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>>. Acesso em: 13 ago.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº1657.156*. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/relatorio-e-voto-574252536?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 set.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº657.718*. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629411/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-657718-mg-minas-gerais/inteiro-teor-311629421?ref=juris-tabs>>. Acesso em:18 set.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT nº566.471*. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311630529/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-566471-rn-rio-grande-do-norte>>. Acesso em: 17 set.2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2002, p.245-246.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Nathalia. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Bahia: Jus Podivm, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. Bahia: Jus Podivm, 2015.



A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DA MAGISTRATURA: PONTE OU ABISMO ENTRE A LEI E A JUSTIÇA?

Leonardo da Matta Schafflör Guerra

Graduado pela Universidade Federal do Estado Rio de Janeiro – UNIRIO. Advogado.

Resumo: O estudo a seguir aborda a relação entre o Judiciário e o Legislativo na seara das políticas públicas de saúde. A efetivação dos direitos sociais é tema da maior relevância, sobretudo em vista do aniversário de trinta anos da Carta Política de 1988, que consagrou o Brasil uma República Social Democrática. Orientado por uma visão sócio-filosófica sucinta e aplicada, discute-se a coalizão entre o Direito e a Política no ordenamento pátrio. Longe de se insinuar má-fé, pretende-se elucidar hipóteses de ilegitimidade ou de omissão inconstitucional que ofuscam o modelo constitucional e prejudicam a análise do problema e a propositura de soluções duradouras. Com efeito, afirma-se a existência de um modelo constitucional de implementação de políticas públicas, formula-se críticas a ele e espera-se despertar reflexões acerca dos caminhos democraticamente legítimos para sua adequação.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Política. Legitimidade. Justiça. Ativismo Judicial. Consequencialismo. Concretismo Judicial.

Sumário: Introdução. 1. A Ineficácia Patológica da Política Nacional. 2. O Ativismo Judicial como Medicação Sintomática. 3. A Insegurança Jurídica no Estado do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo a seguir aborda a relação entre o Judiciário e o Legislativo na seara das políticas públicas de saúde. A efetivação dos direitos sociais é tema da maior relevância, sobretudo em vista do aniversário de trinta anos da Carta Política de 1988, que consagrou o Brasil uma República Social Democrática. Orientado por uma visão sócio-filosófica sucinta e aplicada, discute-se a coalizão entre o Direito e a Política no ordenamento pátrio.

Assim, busca-se evidenciar que o modelo atual peca pela insegurança, que conduz a uma incongruência sistêmica. Nesse sentido, a Constituição da República formula um sistema claro e coeso de atuação coordenada das funções de poder. Nada obstante, ele tem sido paulatinamente desvirtuado pelos próprios agentes públicos incumbidos de sua manutenção.

Longe de se insinuar má-fé, pretende-se elucidar hipóteses de ilegitimidade ou de omissão inconstitucional que ofuscam o modelo constitucional e prejudicam a análise do problema e a propositura de soluções duradouras. Com efeito, afirma-se a existência de um modelo constitucional de implementação de políticas públicas, formula-se críticas a ele e



espera-se despertar reflexões acerca dos caminhos democraticamente legítimos para sua adequação.

Para tanto, o primeiro capítulo se presta a evidenciar que a Constituição, ao estender demasiadamente o rol de direitos fundamentais, sem a correspondente cominação de deveres jurídicos, enraizou um impasse anacrônico que suscita dúvidas quanto à eficácia do direito à saúde. Em vista disso, questionam-se a eficácia e a aplicabilidade da previsão normativa de direitos de segunda geração para a consecução da finalidade de um Estado Social Democrático de Direito.

Em seguida, o segundo capítulo corrobora o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o Judiciário, instado a se manifestar sobre situações que aviltam os direitos fundamentais, tem o poder-dever de exceder seu âmbito natural de atuação para lhes dar concretude. Sem prejuízo, indaga-se até que ponto a insuficiência normativa constitucional e a lacuna legislativa infraconstitucional autorizam o Judiciário a dar legítima concretude às políticas públicas de saúde.

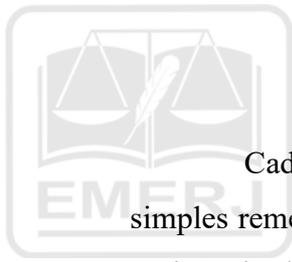
Por fim, o terceiro capítulo evidencia que o ativismo judicial, da forma como praticado nas relações de saúde, está em dissonância com sistema constitucional de realização de políticas públicas. Por conseguinte, ao extrapolar o permissivo constitucional que legitima sua função atípica, o Judiciário instaura um quadro de insegurança jurídica e econômica, com vistas à realização da micro justiça, e de encontro à macro visão do constituinte.

O presente estudo é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo. Parte-se das formulações genéricas e abstratas contidas no texto constitucional, a fim de se desenvolver o raciocínio lógico-jurídico e de se extrair as conclusões até então sucintamente apresentadas.

A análise do objeto de estudo, por sua vez, é qualitativa e quantitativa. Se, por um lado, é necessário visualizar o modelo constitucional de implementação de políticas públicas, por outro, é preciso apresentar o enorme volume de decisões judiciais e omissões legislativas que com ele conflitam. Dessa maneira, é possível concluir pela insustentabilidade da atuação legislativa e judiciária na efetivação de políticas públicas.

1. A INEFICÁCIA PATOLÓGICA DA POLÍTICA NACIONAL

O ordenamento jurídico nacional é como um tecido. Uma verdadeira colcha de retalhos que reúne diferentes percepções de moralidade amarradas com fios de Direito. A obra final é um rascunho do que o Brasil considera Justiça.



Cada emenda que àquela se junta contém um grupo de palavras. Os termos mais simples remetem a imagens semelhantes. Os de cunho moral, por sua vez, divergem segundo a vivência do observador. Disso decorrem diversos sentidos de justiça, embora se viva sob o mesmo manto jurídico.

Na seção dos direitos fundamentais, o sistema costurado pelo Legislativo não é perfeito. O único modo de cobrir toda a sociedade é zelando por sua integridade. Seus pontos devem ser dados com atenção, a fim de resistir a forças divergentes que litigam para dele se apoderarem e a ele dar sentido.

Nessa linha, o legislador constitucional atribuiu ao Judiciário importante função interpretativa e agregadora de normas. Não lhe autorizou, porém, a transpassá-las. Ainda que a pretexto corretivo, a abertura de um precedente é como um furo numa tela. A princípio, imperceptível. Reiterado, faz-se evidente e exige reparo.

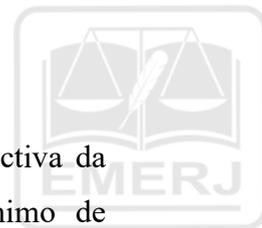
Como, então, dar significado e concretude aos direitos fundamentais estampados no ordenamento jurídico sem que isso lhe comprometa a estabilidade? Sobretudo mediante a atuação (seja ela qual for) entrelaçada dessas funções da República.

A fim de seguirem no mesmo sentido, é curial compreender o anteprojeto delineado pela Constituição de 1988. Para tanto, faz-se mister evidenciar suas dissonâncias originárias e que, hodiernamente, ainda repercutem na toada dos direitos fundamentais.

Sob essa lógica, rememore-se que a Constituição consagrou no Brasil uma Democracia, que só será inclusiva se o Direito for legítimo e incidir sobre todos. A arbitrariedade e o decisionismo mitigam a regra, como um poder soberano o faz sem pudor no totalitarismo. Para assegurar a isonomia, e com vistas à segurança jurídica, o Judiciário deve garantir a norma (não produzi-la).

Consecutiva a um longo período ditatorial, a Carta Política atual buscou romper com as agruras do regime militar, marcado pela supressão de direitos individuais e coletivos. Com esse intuito, ela positivou muitos direitos subjetivos sem lhes pormenorizar os deveres jurídicos correspondentes. Em consequência, a disputa pela melhor interpretação da extensão dos direitos fundamentais é acirrada.

Em especial, os de segunda e de terceira geração (que exigem uma conduta positiva do Estado) suscitam dúvidas quanto à sua amplitude. De um lado, a doutrina que defende a Reserva do Possível confronta as inesgotáveis necessidades humanas em face da escassez físico-material de recursos. De outro, sobrepõe-se a condição humana à própria Legalidade para impor ao Estado quaisquer medidas que atendam à dignidade.



Ideologias à parte, a última é de flagrante insustentabilidade. Sob a perspectiva da iniciativa privada, não se questiona que o bem-estar individual exige um mínimo de organização de recursos financeiros de modo a satisfazer necessidades diversas. Semelhantemente, na esfera pública, também se exige o planejamento e o aparelhamento estatal. Não por outra razão, o Art. 6º da Constituição, ao arrolar treze âmbitos da vida social, ressalva que eles somente representarão direitos sociais quando na forma naquela estabelecidos.

A despeito disso, não se defende a finitude de recursos como escusa legítima à realização dos direitos fundamentais. Parte-se, por outro lado, da premissa (verdadeira o não) de que há recursos suficientes para responder às demandas legítimas da sociedade enquanto conjunto indissociável de pessoas.

Para tanto, porém, a Constituição impõe a cooperação eficiente, situada entre a omissão legislativa e o ímpeto judicial. No que lhe concerne, José Joaquim Gomes Canotilho anuncia a morte da constituição dirigente portuguesa, enquanto a brasileira faz trinta anos e a inércia na política nacional se mantém na pauta do dia.

O mundo real, por seu turno, segue girando e o não agir legislativo inviabiliza o agir administrativo. Nesse cenário, força outra é impelida a movimentar a engrenagem estatal e, na esteira da eficiência, imperioso alocar as peças do sistema em suas respectivas atribuições constitucionais.

Desenrola-se que dar cumprimento à função legiferante em uma democracia representativa implica não só os bônus do reconhecimento público das mazelas sociais, como também a assunção dos ônus pela tentativa de erradicação delas. Ao que parece, no entanto, a maré política das últimas décadas têm se movido apenas naquela direção.

A razão desse fenômeno a experiência revela. Vê-se que mera promessa é suficiente para içar um cidadão ao Congresso Nacional ou a órgão que o valha. Convenha-se, ademais, que a inércia patológica que amua o brilho dos direitos sociais possui raízes cuja poda extrapola de uma ou duas candidaturas.

Na atual novela política, a reviravolta da história passou do ponto. Capítulos da maior relevância, como a saúde, amornaram. Hoje, eles são escritos às pressas e em descompasso com a diagramação constitucional.

Noutra seara, a Lei nº 13.640 de 2018¹, em seus quatro artigos, maquiou a precária regulamentação do transporte remunerado privado individual de passageiros. Resposta pobre

¹ BRASIL. *Lei nº 13.640*, 26 de março de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13640.htm. Acesso em: 16 mar. 2019.



e tardia à demanda iniciada em 2014 com a chegada do aplicativo Uber, que acompanhou a Copa do Mundo no Brasil.

Em matéria previdenciária, conhecida lacuna legislativa diz respeito à edição de lei complementar que assegure o regime de previdência dos servidores públicos, nos termos do art. 40, §4º, III da Constituição. O desleixo democrático não passou despercebido e ensejou a edição da súmula vinculante 33, que lhe estendeu por analogia as regras do regime geral de previdência social.

Não raros, no entanto, são os casos em que a emenda judiciária destoa do arranjo constitucional de repartição de atribuições. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal asseverou, em questão ambiental, que a conciliação entre desenvolvimento e preservação implica “conflito normativo aparente, (...) demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam”.

Dessa feita, elucida-se a política da ineficácia, marcada pelo conflito de interesses entre representantes e representados. A comodidade legislativa, entretanto, não deve alimentar a crença de que o Judiciário deva resolver as mazelas sociais. Tamanha inferência termina por conduzir a uma cilada hermenêutica que não se coaduna com o regime democrático.

2. O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEDICAÇÃO SINTOMÁTICA

Sedimentado o panorama de estudo, não há se questionar a importância do Judiciário na realização de políticas públicas. Por outro lado, tampouco se ignora que a concessão de benesses sociais, enquanto discricionária, destoa da função típica da magistratura.

A vertente concretista rotulada de ativismo judicial é alvo de críticas, sob o fundamento de que não competiria a um magistrado, em inexistindo norma específica, regulamentar a extensão prática de certos direitos acaso essa interferência ultrapassasse a autonomia das funções Executiva ou Legislativa. É entendimento que, hoje, contudo, não prospera:

[...] uma das tarefas primordiais do Poder Judiciário é atuar no sentido de efetivar os direitos fundamentais, mormente aqueles que se encontram assegurados na Constituição Federal. Assim, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, quando o Poder Judiciário intervém no intuito

de garantir a implementação de políticas públicas, notadamente, como no caso em análise, em que se busca a tutela do direito à saúde.²

O mérito dos argumentos político-ideológicos de legitimam um Poder a se imiscuir em outro suscita controvérsias infundáveis, dado que não se trata de haver certo ou errado. Por eficiência, com vistas ao melhor desenvolvimento do tema em foco, parte-se da realidade, na qual a postura do Judiciário em face de omissões inconstitucionais é proativa e confere, de fato, ao jurisdicionado um determinado benefício em detrimento da existência de políticas pública predefinidas.

Posto isso, cumpre-se analisar os precedentes norteadores do modo de operação do atuar jurisdicional na esfera das políticas públicas. Nesse passo, elucidar-se-á o que até então se entendeu por legítimo na esfera de concretização judicial do direito à saúde, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Em sequência, questiona-se se há realmente um parâmetro para tal atuação, dado as decisões esparsas acerca do tema.

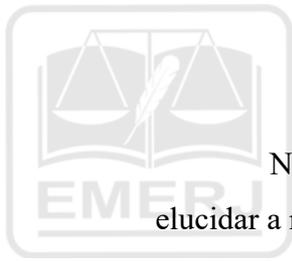
Nesse mister, impende discutir questões atinentes à natureza da responsabilidade dos entes federativos pela prestação de saúde e à extensão dela. Aquela, tal qual prevista pelo Legislativo, reflete inexoravelmente na legitimidade processual passiva dos entes. Esta, por seu turno, espelha a delimitação do núcleo duro dos direitos fundamentais em contraposição à seara das políticas públicas, a cargo do Executivo.

Em sede constitucional, entre outros tantos direitos, a saúde recebe tratamento genérico no Título dos Direitos Fundamentais e específico, mas ainda superficial, no Título da Ordem Social. Dispõe-se que a saúde é dever do Estado (em sentido amplo) garantido mediante políticas públicas, cujas ações e serviços que lhes darão concretude integram uma rede regionalizada e hierarquizada que será regulamentada nos “nos termos da lei”³.

A legislação a que se faz alusão é a Lei nº 8.080/90 que prevê, no que concerne à responsabilidade do Estado, atribuições específicas para cada esfera de governo, com vistas a estruturar a regionalização e a hierarquização do Sistema Único de Saúde. Dessa feita, não havendo se falar solidariedade, senão quando prevista na legislação ou por vontade das partes, parece que o Legislador, amparado pelo Constituinte originário, inaugurou um modelo de corresponsabilidade.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.657.156/RJ*. Voto vista: Min. Assusete Magalhães. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.



Nada obstante, assim não entende o Supremo Tribunal Federal, órgão legitimado a elucidar a mais alta hermenêutica constitucional. Nesse sentido, sedimentou-se a solidariedade passiva dos entes federativos nos seguintes termos:

União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, (...) e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (...) de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único.⁴

O fundamento, porém, não convence. A uma, porque confunde competência comum com responsabilidade solidária. A duas, porque solidariedade implica um dever ignorante à repartição eficiente de atribuições, o que vai de encontro ao alegado objetivo de aumentar a qualidade dos serviços de saúde. A três, porque o julgado é contraditório em termos, haja vista que onde há solidariedade não pode haver subsidiariedade.

Em que pesem essas considerações, a orientação superior tem sido adotada em peso, como há de ser, pelo Judiciário em todo o país. Com efeito, tem-se ajuizado demandas inconsequentes em face dos entes públicos, em litisconsórcio passivo que os Tribunais insistem em visualizar como unitário.

Noutro giro, a repartição de atribuições entre os entes federativos em matéria de saúde é composta por um complexo de normas que traçam a malha de deveres estatais, à luz do que foi delegado pelo constituinte ao legislador. Em atenção às necessidades sociais, os critérios de oportunidade e conveniência, que pautam as funções legislativa e executiva, são norteados pela universalidade e pela integralidade do atendimento⁵ e incitados pela cogente aplicação mínima de recursos.⁶

Nesse passo, não parece haver omissão inconstitucional a exigir a atividade judicante no sentido de determinar aos entes públicos a prestação excepcional de assistência à saúde. Aliás, distingue-se o núcleo duro dos direitos fundamentais e o âmbito das políticas públicas em razão da obrigação inafastável que deriva daquele, em contrapartida à discricionariedade destas.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855178 RG/SE*. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

⁵ BRASIL. *Lei nº 8.080/90*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 2



Vale lembrar também que não há direitos absolutos. Todos eles podem ser ponderados, senão em face apenas da disponibilidade patrimonial da Administração Pública, em face de direitos individuais e coletivos de idêntica envergadura. Estes igualmente assegurados mediante ações e serviços de saúde estabelecidos pelo Poder competente.

Desse modo, não haveria falar em insuficiências qualitativa nem quantitativa do SUS quando respeitado o modelo constitucional de implementação do direito à saúde, cuja existência e amplitude decorrem da própria Constituição. No entanto, o assunto não é pacífico nos Tribunais Superiores.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, dois recursos extraordinários acerca do tema aguardam julgamento. O primeiro tem natureza repetitiva e trata do “dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras de comprá-lo”.⁷ O segundo diz respeito à possibilidade de se obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro da ANVISA.⁸

Por outro lado, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça organizou e sedimentou critérios explícitos para se determinar quando há obrigação do Estado de fornecer fármacos não padronizados no SUS. Aqueles, já implicitamente utilizados nas decisões, são a comprovação da ineficácia das alternativas terapêuticas padronizadas, a insuficiência financeira do demandante e o registro do medicamento na ANVISA⁹.

O conteúdo dessa decisão é mais amplo do que as matérias submetidas a julgamento no Supremo Tribunal Federal, pelo que não há falar em prejudicialidade entre elas. Assim sendo, acredita-se ter se privilegiado a segurança jurídica, enquanto instrumento de isonomia entre os jurisdicionados, mediante parâmetros extralegais e cegos à viabilidade econômico-operacional do sistema único de saúde inaugurado pela Constituição.

No entanto, a despeito dessa trágica escolha, infelizmente não se exauriram as controvérsias sobre o tema. Como se passa a expor, no âmbito do Rio de Janeiro, amparadas pela independência funcional da magistratura, diversas decisões expõem os jurisdicionados à insegurança jurídica que circunda o direito à saúde.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 566.471/RN*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

⁸ Ibidem.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.657.156/RJ*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/11/RECURSO-ESPECIAL-N%C2%BA-1.657.156-RJ-DECIS%C3%83O-AFETA%C3%87%C3%83O-SUSPENS%C3%83O-DOS-PROCESSOS-QUE-TRATEM-DE-FORNECIMENTO-DE-MEDICAMENTOS-N%C3%83O-INCORPORADOS-NO-SUS.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2019.



3. A INSEGURANÇA JURÍDICA NO RIO DE JANEIRO

Como premissa deste estudo, não se põe em xeque a função concretista do Judiciário no seara dos direitos de segunda geração, notadamente, da saúde. No entanto, repisa-se que a atuação atípica e de inegável cunho político-ideológico da magistratura somente encontra amparo jurídico na omissão inconstitucional do Legislativo.

Em matéria de saúde, Canotilho não se ilude com a concepção programática daqueles direitos, tal qual difundida. Nada obstante, também não prega sua aplicabilidade imediata. Por seu turno, defende que os deveres estatais devem se consubstanciar em “medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstratas”¹⁰.

Com esses esclarecimentos, há se questionar se, de fato e de direito, existe omissão inconstitucional em matéria de saúde, em especial, no âmbito do Rio de Janeiro. Consequentemente, exige-se o aprofundamento na análise da legislação pertinente.

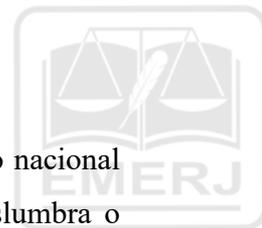
A Política Nacional de Medicamentos e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica são dispostas na Portaria de Consolidação nº 2/GM/MS, de 8 de setembro de 2017, e na Resolução nº 338/CNS/MS, de 6 de maio de 2004, respectivamente. As normas de financiamento dessas Políticas ficam a cargo da Portaria MS-GM nº 204, de 29 de janeiro de 2004.

Nesse cenário, a diretriz do SUS é promover a oferta inteligente de medicamentos pautada em critérios científicos com vistas à realização do melhor conceito jurídico possível para o que se entende por integralidade. Estabeleceram-se três frentes de ação, às quais se convencionou chamar de Componentes Básico, Estratégico e Especializado.

O primeiro é regulado pela Portaria GM-MS nº 1.555, de 30 de julho de 2013 e a ele incumbe a aquisição de fármacos voltados a patologias consideradas comuns. O segundo tem por escopo o tratamento de doenças endêmicas. Já o terceiro, regulado pela Portaria GM-MS nº 1.554, de 30 de julho de 2013, se presta ao atendimento de doenças raras ou de baixa prevalência.

No Rio de Janeiro, a Deliberação CIB-RJ nº 1.589, de 9 de fevereiro de 2012, estabelece o elenco de medicamentos disponíveis no âmbito do estado e define a Relação Estadual de Medicamentos Essenciais. A Deliberação CIB-RJ nº 2.661, de 26 de dezembro de 2013, dispõe sobre as normas de financiamento e de execução do Componente Básico em sede estadual. Em acréscimo, a Resolução SMS nº 2.177, de 19 de agosto de 2013, definiu o conjunto de medicamentos da rede municipal de saúde.

¹⁰ CANOTILHO, apud MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael Araripe. *Gestão Pública e Direito Municipal*. Tendências e Desafios. São Paulo. Saraiva, 2016, p.391.



Em estando as normas regionais e locais em consonância com a legislação nacional e, sobretudo, com a lógica constitucional do Sistema Único de Saúde, não se vislumbra o vício que legitima o Judiciário a se imiscuir na seara das políticas públicas. A saber, a omissão legislativa inconstitucional.

Sobre tema, Alvaro Luiz de A. S. Ciarlini¹¹ assevera que:

a intervenção do Poder Judiciário, mesmo que embasada no argumento de defesa de um específico direito fundamental, contraria o fundamento central do nosso sistema federativa ‘de cooperação’, justamente sua natureza descentralizada e autônoma, mas coordenada e legitimamente justificada pelo imperativo de obtenção da máxima eficácia de seus meios.

A despeito das relevantes considerações levantadas, o Judiciário estadual – e também o federal, diga-se de passagem – insistem em impor a solidariedade dos entes federativos em matéria de saúde. Além disso, também estendem as obrigações destes além daquele minucioso arranjo normativo.

Neste estudo, não se há questionar o acerto dessa interpretação, haja vista a independência da magistratura, enquanto prerrogativa constitucional que busca a justa compreensão do Direito no caso concreto. O que não se pode tolerar é a desvirtuação desse atributo funcional de modo a se instaurar um quadro em que indivíduos em situações idênticas recebam tratamentos distintos. Esse panorama fomenta o caráter lotérico do Judiciário nacional, que repercute em termos macroeconômicos internacionais e que deve ser rechaçado.

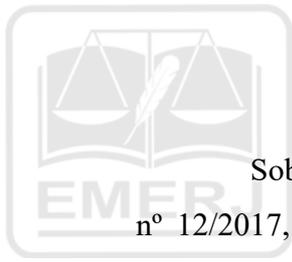
Ciente dessa patologia, o Código de Processo Civil de 2015 buscou harmonizar a jurisprudência ao criar instrumentos vinculantes, de observância obrigatória por juízes e tribunais, em seu art. 927. Excluiu-se desse rol, no entanto, as súmulas dos tribunais de segunda instância, em que pese tratá-los como meio importante de uniformização da jurisprudência, a fim de torná-la estável, íntegra e coerente¹².

Entretanto, não há sentido em se formular um entendimento expresso acerca de um tema e em se divulgá-lo em meio oficial senão para vincular ou, ao menos, obrigar a consideração de sua existência. Isso sob a pena de se reformar a decisão contrária a ele ou que deixe de fundamentar as razões de sua inaplicabilidade¹³.

¹¹ Ibid., p. 401.

¹² BRASIL. *Código de Processo Civil*, de 16 de março de 2015. Dispõe em seu art. 926 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” e, em seu §1º, que “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹³ Esse entendimento se extrai com facilidade do art. 489, §1º, VI do Código de Processo Civil, quando o enunciado, a jurisprudência ou o precedente seja invocado pela parte. Sem prejuízo, ainda que não o seja, a



Sob essa premissa, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou o Aviso Conjunto nº 12/2017, cujos dois primeiros enunciados em matéria de saúde tratam da legitimidade passiva dos entes federativos nos casos em que a medicação requerida está ou não padronizada no Sistema Único de Saúde¹⁴.

Segundo o entendimento aparentemente dominante, quando a demanda judicial versar sobre prestação padronizada e atribuída a determinado ente federativo, a ação deve ser ajuizada em face do ente respectivo. Em sentido contrário, não havendo padronização, a ação poderia ser ajuizada em face de qualquer um deles. Acrescente-se que, naquele caso, diferente deste, não há falar em solidariedade.

Posto isso, a insegurança jurídica é flagrante, na medida em que tanto há entendimentos de Tribunais Superiores no sentido da solidariedade entre os entes, quanto há orientações regionais expressas pela prevalência das atribuições do SUS. Todos de natureza não vinculante, mas de observância recomendável.

O problema se agrava em razão do Termo de Cooperação de Natureza Convencional nº 001/2016 firmado entre o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro. Neste acordo, o ente municipal se comprometeu a assumir a gestão de dois hospitais estaduais, ao passo que o ente estadual se obrigou ao fornecimento de certos fármacos, até então, não padronizados.

Com efeito, ressurgem a dúvida quanto à legitimidade passiva desses entes para figurarem em demanda por medicamentos, sobretudo aqueles inseridos no referido Termo, cujo caráter vinculante entre as partes não se nega. Desse modo, o Estado do Rio de Janeiro não pode se furtar de prestar aquilo com o que se comprometeu.

As decisões judiciais, porém, vão aos mais diversos sentidos. Há juízos entendendo pela inexistência de solidariedade, em prestígio à orientação regional. Outros, por sua vez, não

interpretação em sentido contrário do inciso V implica que, se o magistrado não pode se valer da mera existência de um precedente ou enunciado de súmula para fundamentar uma decisão sem adequá-lo ao caso concreto, também não pode ignorar sua existência sem expor as razões que afastam a sua incidência.

¹⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Aviso Conjunto nº 12/2017*. Assim dispõe: “ENUNCIADOS EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA. 1. Em se tratando de pedido de fornecimento de medicamento, tratamento ou insumo padronizado pelo Sistema Único de Saúde, deve a ação ser ajuizada em face do ente vinculado ao seu fornecimento em conformidade com a política pública existente e as atribuições administrativas fixadas, não havendo que se falar em solidariedade entre os entes federativos nesse caso. 2. Em se tratando de pedido de fornecimento de medicamento, tratamento ou insumo não padronizado pelo Sistema Único de Saúde, pode a ação ser proposta em face de qualquer ente público, já que solidários, impondo-se, entretanto, a comprovação da efetiva necessidade do medicamento, tratamento ou insumo reclamado, bem como a ineficácia daqueles padronizados pelo Sistema Único de Saúde para a doença, dadas as condições do reclamante e seu histórico clínico.” Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18972/aviso-conjunto-tj-cojes-15-2017-fazendario.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2019.



apenas acolhem a legitimidade passiva de todos os entes federativos, como extraem da Constituição uma solidariedade entre eles.

Nessa segunda vertente, há, ainda, quem entenda pela responsabilidade irrestrita ao fornecimento de qualquer fármaco pleiteado, desde que adequado ao tratamento da patologia apresentada, mesmo que não explicitado na petição inicial. É o que o estado costuma combater por constituir um título executivo judicial genérico.

O que causa maior espécie é um conjunto de decisões que acolhe a orientação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para reconhecer a legitimidade passiva de todos os entes, mas negam sua solidariedade. Em assim fazendo, aplicam-se os enunciados do Aviso Conjunto nº 12/2017 em parte e de maneira contraditória.

Não fosse o bastante, inova-se no ordenamento jurídico estabelecer que, em não havendo solidariedade, por expressa determinação dos enunciados, haveria se falar em subsidiariedade. Trata-se de inferência que não encontra amparo no ordenamento jurídico, tampouco nos fundamentos das próprias decisões que a aplicam.

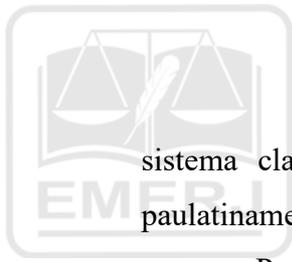
Esse é cenário jurídico do Rio de Janeiro, que se arrisca a dizer que reproduz o de todo o Brasil. O pretexto é concretizar um direito fundamental à saúde à mingua de suficiente regulamentação. Contudo, com amparo nas prerrogativas funcionais da magistratura, inaugurou-se um quadro de insegurança jurídica que mais prejudica do que soluciona o suposto problema.

A questão extrapola o mero manejo dos direitos fundamentais pela via judicial. Relaciona-se com o próprio exercício da magistratura, com o desapego aos precedentes não vinculantes e com o arbítrio de um livre convencimento motivado. Aos profissionais da área jurídica e aos jurisdicionados, resta torcer pela sorte na loteria judiciária.

CONCLUSÃO

Não restam dúvidas de que a Constituição estendeu demasiadamente o rol de direitos fundamentais e que a inexistência de deveres jurídicos a eles correlatos enraizou um impasse anacrônico que põe em xeque a eficácia do direito à saúde. Sobretudo em vista dos trinta anos da atual Constituição da República, não se justifica a incongruência em matéria de saúde entre o Direito e a Política no Brasil.

Certo é que panorama atual peca pela insegurança, que decorre da incongruência sistêmica outrora analisada. Não se olvida que a Constituição da República delineou um



sistema claro e coeso de atuação coordenada das funções de poder, que tem sido paulatinamente desvirtuado pelos próprios agentes públicos incumbidos de sua manutenção.

Por sua vez, os Tribunais Superiores são reiteradamente instados a se manifestarem sobre situações que aviltam os direitos fundamentais. Nesse cenário ainda que excedam legitimamente seu âmbito natural de atuação para dar concretude a eles, não fulminam a insegurança jurídica que paira sobre os direitos sociais, em especial, sobre a extensão do direito à saúde.

Isso porque o ativismo judicial praticado nas relações de saúde está em dissonância com o sistema constitucional de realização de políticas públicas. Ao extrapolar o permissivo constitucional que legitima sua função atípica, juízes e tribunais instauram um quadro de insegurança jurídica e econômica, cujo pretexto de realização da micro justiça, não justifica o abandono da macro justiça constitucional.

Em conclusão, haja vista a existência de um modelo constitucional de implementação de políticas públicas e caminhos democraticamente legítimos para sua concretização, entende-se que a dissonância de decisões aqui referida ofusca o modelo constitucional e prejudica a análise do problema e a propositura de soluções duradouras.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Alex Muniz. *Direito constitucional positivo*. 2. ed. São Paulo: Edijur, 2015.

_____. *Direito administrativo positivo*. 4. ed. São Paulo: Edijur, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. *Lei nº 13.640, 26 de março de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13640.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.657.156/RJ*. Voto-vista: Ministra Assusete Magalhães. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 855178 RG/SE*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 566.471/RN*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 657.718/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.657.156/RJ*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/11/RECURSO-ESPECIAL-N%C2%BA-1.657.156-RJ-DECIS%C3%83O-AFETA%C3%87%C3%83O-SUSPENS%C3%83O-DOS-PROCESSOS-QUE-TRATEM-DE-FORNECIMENTO-DE-MEDICAMENTOS-N%C3%83O-INCORPORADOS-NO-SUS.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

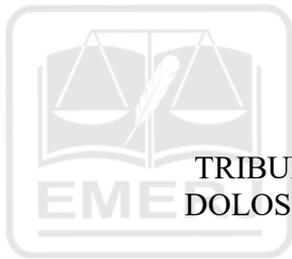
FERRAZ, Anna Candida da Cunha [et al.]. *Direitos fundamentais: doutrina, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MARTINS FILHOS, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael Araripe. *Gestão pública e direito municipal: tendências e desafios*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TORRES, Paulo. *Manual do advogado público: atuação nos âmbitos cível, administrativo, constitucional e trabalhista*. Salvador: Jus Podium, 2018.



TRIBUNAL DO JÚRI: POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ROL DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA DE MODO A INCLUIR O DELITO DE LATROCÍNIO

Leonardo Madeira de Albuquerque

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Advogado.

Resumo: O artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d* da Constituição Federal estabelece a restrição da competência do Tribunal do Júri para os crimes definidos como dolosos contra a vida. Tal competência se torna taxativa por força do artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal, do qual não consta o delito de latrocínio (artigo 157, § 3º, inciso II, do Código Penal). Além da expressa previsão legal, a jurisprudência é firme em afirmar o caráter patrimonial do delito em referência, fato que exclui o procedimento do júri popular. De maneira semelhante, poucas vezes na doutrina se levantam contra a possibilidade de extensão da competência com objetivo de abarcar tal crime. Malgrado o quadro, é imperioso promover o debate, tendo em vista o impacto social causado pelo delito em tela, bem como o princípio democrático, mola mestra de toda a legislação nacional. Nessa seara, o Tribunal do Júri, a despeito de críticas, pode ser um instrumento hábil a ampliar a participação popular no julgamento dos casos de latrocínio.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Delitos sujeitos ao rito do Tribunal do Júri. Latrocínio.

Sumário: Introdução. 1. A definição doutrinária e jurisprudencial do delito de latrocínio e suas implicações para a ampliação da competência do Tribunal do Júri. 2. O Tribunal (popular) do Júri no banco dos réus 3. Possibilidade de ampliação da competência do tribunal do júri para incluir o delito de latrocínio: o projeto de lei nº 779, de 2007. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a possibilidade de se reconhecer, no âmbito do Direito Penal e Processual, a possibilidade de ampliação da competência absoluta do Tribunal do Júri, restrita aos crimes referidos nos artigos 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados, a fim de incluir o julgamento do delito descrito no artigo 157, §3º, inciso II, do Código Penal (latrocínio).

Muitos autores de extensa bibliografia se posicionam contra a ampliação da competência do Tribunal do Júri para julgar crimes que não aqueles elencados no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *d* da Constituição Federal. Outros tantos chegam ao ponto de defender expressamente a abolição da referida instituição do ordenamento jurídico e prática brasileiros.



Alegam, dentre uma lista de argumentos, que existem falhas graves de representação democrática na escolha dos jurados, mas, principalmente, que o Tribunal do Júri é ineficiente no seu cerne, diante da ausência de fundamentação dos votos, da quantidade de delitos decorrentes da violência endêmica brasileira e da falta de técnica dos jurados.

Historicamente, contudo, foi o Tribunal do Júri, instituição de origem anglo-saxã, a primeira protetora da garantia do juiz natural e do princípio democrático, assegurando que um acusado de crime contra a sociedade só poderia perder a vida, a liberdade ou os bens mediante um devido julgamento legal perante seus próprios pares. Trata-se de verdadeiro direito dúplice: do réu e da sociedade.

De fato, a importação do Tribunal do Júri para o direito brasileiro foi problemática, contudo, é certo que visou deixar a cargo do povo, representado pelos jurados, a decisão sobre os crimes que mais afetam o corpo social, aqueles contra a vida. Nesse sentido, o latrocínio, pelo chocante impacto e violência, é candidato ideal para o rito do Tribunal do Júri.

Para tal, inicia-se o primeiro capítulo apresentando justamente a natureza do delito de latrocínio, crime complexo, corolário da violação dos dois bens jurídicos historicamente mais caros ao legislador brasileiro, a saber, vida e patrimônio.

Há muito reconhecem parcela da doutrina e jurisprudência que a localização topográfica do crime estudado, no título II, da Parte Especial, do Código Penal (Crimes contra o Patrimônio), por si só, seria indicação que o legislador teria destinado a competência para julgamento ao Juízo Comum, sublinhando a existência até mesmo de entendimento sumulado nesse sentido, conforme o enunciado da Súmula nº 603, do Supremo Tribunal Federal. Ademais, apresenta-se, de maneira breve, um estudo acerca do delito de latrocínio.

O segundo capítulo do estudo delinea o papel do Tribunal do Júri, que pode ser entendido como garantia fundamental do réu, e não mera regra de competência. É bem sabido que os juízes togados decidem a ampla qualidade dos delitos, entretanto, apenas aqueles que violam o bem jurídico do qual podem surgir todos os outros direitos, isto é, a vida, são julgados pelo povo, que compõe o Tribunal do Júri. A instituição em comento, embora represente a modalidade de julgamento, no ordenamento jurídico pátrio, mais próxima do princípio democrático, é passível de muitas críticas, destacando-se a dúvida acerca da natureza garantista do instituto e a sensível ofensa ao princípio da motivação nas decisões dos jurados.

O terceiro capítulo apresenta, por fim, possibilidades de extensão da competência do Tribunal Popular do Júri a fim de incluir o latrocínio. Pela esfera jurídica, a doutrina nacional pode ser hábil para a consecução desse objetivo, a partir do entendimento de que a presença do elemento “vida”, em concomitância com o elemento “patrimônio”, já seria capaz de atrair a



competência do Tribunal do Júri. Por seu turno, a jurisprudência tem como ferramenta a possibilidade de hermenêutica do artigo 74, §1º, do Código de Processo Penal como hipótese de rol enumerativo, o que permitiria a inclusão do crime de latrocínio.

Finalmente, discorre-se sobre o arquivado Projeto de Lei nº 779/2007, do então deputado Federal Celso Russomanno, propondo ampliar a competência do Tribunal do Júri para julgar crimes dolosos previstos no Código Penal e legislação especial que resultem na morte da vítima. Cumpre perguntar, retoricamente, qual a parcela de culpa do eficientismo penal na desistência do projeto?

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva-qualitativa e parcialmente exploratória.

1. A DEFINIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DO DELITO DE LATROCÍNIO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

A definição legal do delito de latrocínio, já atualizada com o advento da Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, se encontra no artigo 157, §3º, inciso II, do Código Penal¹ e considera que a conduta de subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante violência da qual resulte morte, sujeitará o agente à pena de reclusão na ordem de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa. Tal crime também está incluído no rol dos delitos hediondos, previsto no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990,² que confere tratamento mais rigoroso no processamento e regime de cumprimento da pena pelo agente delitivo.

Diante do quadro legal, a doutrina inclinou-se, majoritariamente, na direção do entendimento do crime de latrocínio como delito complexo, isto é, aquele que resulta da ofensa de mais de um bem jurídico, no caso, patrimônio e vida, ou da aglutinação do tipo penal de roubo com o tipo penal de homicídio.

Não se nega, ainda, que a localização topográfica do tipo penal em comento, justamente no capítulo da Parte Especial do Código Penal referente ao roubo e à extorsão, contido no Título II do diploma, que trata expressamente da ofensa ao bem jurídico patrimônio, em muito auxiliou essa posição.

¹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 ago. 2018.

²BRASIL. *Lei dos Crimes Hediondos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 07 ago. 2018.



Nas palavras de Rogério Sanches Cunha, “a figura do latrocínio configura crime contra o patrimônio qualificado pela morte. Assim, a vontade do agente é ofender o patrimônio da vítima, valendo-se, para tanto, da morte como meio. Se a intenção inicial do agente era apenas a morte da vítima, mas após a consumação do delito de homicídio resolve subtrair os seus bens, responderá pelo crime de homicídio em concurso com furto.”³

Nessa mesma toada, a doutrina mais clássica usualmente se inclinou a externar a mesma interpretação. Pierangeli⁴, saudoso doutrinador paulista, conceituava:

O importante é fixar que no crime complexo existe uma unidade jurídica formada por dois ou mais crimes que, se considerados isoladamente, também são delitos, ou, em outras palavras, o crime complexo é uma unidade jurídica composta por dois ou mais delitos. No caso do latrocínio, compreende o roubo e a morte da vítima ou de terceiro (crime de dupla subjetividade passiva): a morte no caminho e o lucro na meta, como já reconheciam os romanos ao estabelecerem ser o lucro o fim e a morte, o meio.

Assim, amparada pela ampla gama de autores favoráveis à interpretação do crime de latrocínio como tipo penal cuja objetividade jurídica principal se volta ao patrimônio da vítima, e não à vida, a jurisprudência brasileira encampou a tese, de maneira a reiterar, em repetidas ocasiões, o caráter patrimonial do delito de latrocínio, assim como a competência consequente da Justiça Comum singular para seu processo e julgamento, excluindo-se o Tribunal do Júri.

Aliás, é precisamente essa a redação do enunciado da velha Súmula nº 603,⁵ do Supremo Tribunal Federal, publicada em 31 de outubro de 1984, segundo a qual, a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri.

Cabe destacar que a diretriz em tela foi respeitada à risca pelo Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, o Tribunal da Cidadania, na edição nº 75 do ementário virtual “Jurisprudência em Teses”, repisou a tese, nos mesmos termos da supracitada súmula do Supremo Tribunal Federal, afirmando que a competência para o processo e julgamento do latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri.⁶

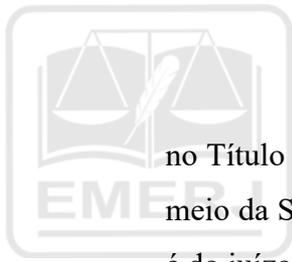
Para tal consolidação jurisprudencial, compilaram-se abundantes julgados, dentre os quais cumpre destacar aquele constante do CC nº 140.541-MA, em que o ministro Felix Fischer, seu relator, afirmou expressamente que “o latrocínio está localizado, no Código Penal,

³CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte especial. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 280.

⁴PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 387.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 603*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2683>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

⁶REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. STJ divulga 15 teses consolidadas na corte sobre Tribunal do Júri. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-23/stj-divulga-15-teses-consolidadas-corte-tribunal-juri>>. Acesso em: 08 ago. 2018.



no Título ‘Dos Crimes Contra o Patrimônio’. Não é por outra razão que o STF consolidou, por meio da Súmula nº 603, o entendimento de que a competência para processar e julgar tal delito é do juízo singular, e não do Tribunal do Júri.”⁷

De forma mais acurada, o ministro Paulo Galotti, relator no bojo do Habeas Corpus nº 030124-MG, expôs que “no latrocínio, consumada a subtração, consumada está a lesão patrimonial, não, porém, o crime complexo, que ficou imperfeito, que não se completou, por não se haver completado um dos delitos componentes ou integrantes. Sendo o latrocínio crime contra o patrimônio, a competência para apreciá-lo é do juiz singular e não do Tribunal do Júri.”⁸

No âmbito da Justiça Estadual, deve ser acentuado que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, inclusive em decisões recentes, não deixou de se aliar à posição dominante nos Tribunais Superiores.

Cite-se, nesse diapasão, trecho de acórdão, contido no Conflito de Jurisdição nº 0008466-51.2018.8.19.0000, no qual a desembargadora-relatora Adriana Lopes Moutinho Daudt D’oliveira reconhece que “o Latrocínio é crime patrimonial, ou seja, seu autor deseja a subtração e, para efetivá-la, age com violência da qual resulta a morte.”⁹

Frente a um quadro decisório tão consolidado, haveria esperança de uma alteração jurisprudencial hábil o suficiente a deslocar a competência do Juízo singular para o Tribunal Popular do Júri?

A pergunta, com resposta quase unanimemente negativa, é realizada com finalidade retórica, isto é, debater sobre caminhos alternativos para o processamento do delito de latrocínio.

Afinal, antes de uma modificação no entendimento dos tribunais, de modo a interpretar o crime em tela como “doloso contra a vida”, é imperiosa a alteração legislativa, de atribuição do Congresso Nacional, por força do art. 22, inciso I, da Constituição Federal.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. *Conflito de Competência n° 140541/MA*. Relator: Ministro Felix Fischer. Publicação em: 15 set. 2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?i=1&b=DTXT&livre=\(CC+e+140541\).nome.>](http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?i=1&b=DTXT&livre=(CC+e+140541).nome.>). Acesso em: 08 ago. 2018.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus n° 030124/MG*. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Data do Julgamento em: 07 out. 2004. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clas.+e+@num=%27030124%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27030124%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clas.+e+@num=%27030124%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27030124%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO>). Acesso em: 08 ago. 2018.

⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Criminal. *Conflito de Jurisdição n° 0008466-51.2018.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Adriana Lopes Moutinho Daudt D’oliveira. Julgamento em: 04 abr. 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004737F865B725750F82E4E340CCD55D7C5C508023D1261&USER=>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

Nessa esteira, como bem ensina Cezar Roberto Bitencourt, a despeito de um dos crimes-membros do tipo penal de latrocínio ofender o bem jurídico “vida”, a competência continua sendo do juiz singular, unicamente por opção político-criminal, efetuada pelo legislador da lei penal subjetiva de 1940, a qual vem sendo respeitada cegamente pela doutrina e jurisprudência brasileiras até o presente dia.¹⁰

Compulsando autores mais clássicos, é possível constatar que já houve defesa do deslocamento da competência de julgamento do delito de latrocínio do juízo singular para o Tribunal do Júri, ainda que limitada a determinadas situações, destacando-se a lição de Heleno Cláudio Fragoso.

Segundo o supracitado penalista,¹¹ o delito, atualmente previsto no inciso II, do §3º, do artigo 157, do Código Penal, classificar-se-ia textualmente como preterintencional, contudo, tal definição não seria a academicamente mais correta, uma vez que as penas a ele cominadas são das mais gravosas na lei penal, fato que denotaria, em tese, tanto o resultado preterdoloso (morte ocasionada por culpa do agente), como o resultado “morte” a título doloso. Na segunda hipótese, para o autor, seria cabível a sujeição do julgamento pelo Tribunal do Júri, por se tratar, em essência, de crime doloso contra a vida.

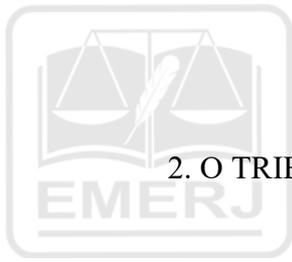
O ministro Marco Aurélio Bellizze Oliveira,¹² do Superior Tribunal de Justiça, ao comentar o escólio de Fragoso, também abriu espaço para a discussão, quando pontuou que “mais correto e mais justo seria, segundo tal linha de pensamento, conservar o latrocínio no título a cuja forma se amolda com inteiro rigor, que é a do homicídio qualificado.”

Assim, é possível depreender que a competência para julgamento do delito de roubo, seguido do resultado morte, foi uma decisão tomada com alçada em bases de política criminal, na qual legisladores e operadores do Direito solidificaram um entendimento na direção da atribuição do juiz singular. Portanto, a extensão da competência do Tribunal do Júri não deve ser descartada de plano, a despeito das qualidades e defeitos da instituição, conforme será abordado no capítulo seguinte.

¹⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*. Parte especial. 12. ed. rev. e atual. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129.

¹¹FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. Parte especial. V. 1. São Paulo: José Bushatsky editor, 1958, p. 183.

¹²OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellize. Amarras ao Juiz: O Direito Penal preserva dogmas anteriores à CF. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-12/direito-penal-preserva-dogmas-antigos-constituicao-1988>>. Acesso em: 03 set. 2018.



2. O TRIBUNAL (POPULAR) DO JÚRI NO BANCO DOS RÉUS

A origem do Tribunal do Júri é controversa, havendo tamanha disputa na doutrina sobre quais institutos do Direito Consuetudinário ou Romano-Germânico deram base para a formação desse sistema de julgamento que algo maior do que uma rápida digressão histórica seria de pouca valia aos objetivos do presente artigo. Ainda assim, convém estabelecer breves apontamentos nesse sentido.

Preliminarmente, cumpre salientar que Tribunal do Júri e Tribunal Popular, segundo Rangel,¹³ são dois institutos que não devem ser confundidos. Isso porque o que se importou do Direito anglo-saxão, desde o código de processo criminal do Império, foi o sistema inglês do pequeno júri, isto é, um conselho de jurados para resolver o mérito da acusação, esta oferecida após uma instrução anterior em modelo francês, na qual o Ministério Público colhe elementos de justa causa para a pronúncia em procedimento secreto e escrito.

Esqueceu o legislador imperial, todavia, de trazer ao país a instituição do grande júri, na qual um número maior de jurados resolveria proceder ou não o exercício da pretensão acusatória, o que maculou, desde então, a integridade de seu caráter popular.

Retornando à premissa do capítulo, a origem da instituição, em que pese a polêmica, é usualmente apontada como a Inglaterra medieval, no bojo de medidas cujo objetivo era afastar a utilização de ordálios, ou seja, provas baseadas na sorte e na concepção de que Deus não deixaria de socorrer um inocente.¹⁴

Outro objetivo histórico guardava relação com a retirada do poder decisório sobre a vida e a liberdade das mãos do soberano absoluto, ou de magistrados comprometidos com este, de forma a assegurar o mínimo de participação democrática. Já clássica, nessa toada, é a edição da Magna Carta, em 1215, que propunha que o réu deveria ser julgado por seus pares.¹⁵

No Brasil, o Tribunal do Júri foi transmigrado ao ordenamento jurídico em 18 de junho de 1822, por meio de decreto do Príncipe Regente D. Pedro, limitando-se ao julgamento de delitos relacionados ao abuso da liberdade de imprensa.¹⁶

Outorgada a Constituição Imperial, em 1824, assim como o advento do Código de Processo Criminal do Império de 1832, o Tribunal do Júri tornou-se parte integrante do Poder

¹³RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 5. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2014. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁴Ibid., p. 42.

¹⁵Ibid., p. 43.

¹⁶DE CASTRO, Kátia Duarte. *O Júri como instrumento do controle social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 50.



Judiciário com competência para julgar diversas matérias criminais e mantido ao longo dos códigos processuais subsequentes.¹⁷

Cuida-se de órgão jurisdicional de primeira instância, da justiça ordinária comum, presente nas esferas estadual e federal. Após a reforma processual penal decorrente da Lei nº 11.689, em vigor desde 9 de agosto de 2008, o rito do júri foi simplificado, com vistas a se criar uma audiência única, regida pelos princípios da concentração, da oralidade, da imediatidade e da identidade física do juiz.¹⁸

Não obstante a última alteração procedimental, o foco do presente artigo está voltado para a participação da população no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, que são aqueles que, certamente, geram maior repercussão social; o papel do Tribunal do Júri como garantia efetiva do réu diante do magistrado singular e a pesada crítica da doutrina, especialmente no que tange a morosidade da instituição e a inconstitucionalidade das decisões por íntima convicção, haja vista a ausência de fundamentação.

Quanto à primeira questão levantada pelo último parágrafo, a saber, a repercussão social dos delitos dolosos contra a vida, sabe-se que o delito de latrocínio é, indubitavelmente, um dos que mais causa repulsa no corpo social. Tanto a mídia, quanto as agências primárias e secundárias do sistema penal, tomam o crime em tela como relevante indício da escalada da violência em determinada região, além de elemento indicador da crueldade da criminalidade que lá atua.¹⁹

Aqui seria possível extrair a importância do Tribunal do Júri no intuito de estimular a participação do cidadão, no ato de julgamento, nas questões que lhe são mais afetas, como a segurança pública, o direito à vida e à propriedade privada, frontalmente atingidos pela barbaridade de uma subtração violenta, seguida de morte.

Tal linha de pensamento não está isenta de críticas, destacando-se a manipulação de veículos de comunicação e atores do cenário político na inflação das cifras da criminalidade. Além disso, a Constituição Federal instituiu o Tribunal do Júri como garantia fundamental do réu, ao contrário da Constituição Espanhola, que deixou claro, em seu artigo 125, que o Júri é

¹⁷Dentre muitas modificações, tem-se que, a partir da Constituição Federal de 1988, a instituição do Tribunal do Júri foi consolidada, cabendo mencionar novamente o que preceitua seu artigo 5º, inciso XXXVIII, de acordo com o qual é reconhecida a instituição do júri, assegurada a plenitude de defesa; o sigilo de votações; a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

¹⁸RANGEL, op. cit., p. 93-94.

¹⁹LIMA, Renato Sérgio. Latrocínio é o crime que mais interage com o medo da população. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, Caderno Brasil, p. 1, 30 out. 2017.



um instituto ligado à cidadania, sendo direito do eleitor espanhol participar diretamente da administração da justiça por intermédio dessa modalidade.²⁰

Desta feita, tendo em vista sua natureza de garantia fundamental,²¹ não seria de todo justo basear o deslocamento da competência para julgamento do delito de latrocínio unicamente na participação cidadã e democrática, mesmo porque tal participação de modo algum pode se tornar sinônimo de defesa social ou patente desvantagem para o réu.

No tocante à falta de fundamentação, compreende-se, de maneira geral, que as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri decorrem do juízo de íntima convicção do jurados e representam exceção à obrigatoriedade de fundamentação dos provimentos judiciais, prevista no art. 93, inciso IX, da CRFB/88, visto que contemplada pela própria Carta Política, a qual garante o sigilo das votações aos integrantes do Conselho de Sentença, segundo o disposto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *b* da Constituição Federal, como condição especial de um rito de julgamento único, tal qual o previsto para o Tribunal do Júri.

Observa-se, no entanto, grande resistência por parte da doutrina em reconhecer como absoluta e salutar a aplicação da íntima convicção como elemento capaz de afastar a garantia defensiva da motivação, como se afere no dizer do professor Aury Lopes Jr.:²²

O golpe fatal no júri está na absoluta falta de motivação do ato decisório. A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante está em explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. Essa qualidade na aquisição do saber é condição essencial para legitimidade do atuar jurisdicional. A decisão dos jurados é absolutamente ilegítima porque carecedora de motivação.

Por fim, no que tange à suposta pouca eficiência e morosidade do Tribunal do Júri, em tese inadequado ao processamento das numerosas cifras de crimes dolosos contra a vida cometidos no Brasil, vê-se que tanto a produção acadêmica, doutrinária, quanto os tribunais brasileiros abraçam a premissa. Entretanto, o tema poderá ser melhor abordado no capítulo que segue.

²⁰RANGEL, op. cit., p. 50-52.

²¹Trata-se da segurança de um direito, isto é, um requisito de legalidade que o defende contra a ameaça de certas classes de atentado, de ocorrência mais ou menos fácil. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 517.

²²LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1063.

3. POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA INCLUIR O DELITO DE LATROCÍNIO: O PROJETO DE LEI Nº 779, DE 2007

O Projeto de Lei nº 779, de 2007, de autoria do então deputado federal Celso Russomanno (PP-SP), procurou ampliar a competência do Tribunal do Júri, estendendo-a aos crimes dolosos que resultassem em morte da vítima. Caso aprovado fosse, consubstanciaria o ponto fulcral exposto neste artigo.

Na época, o parlamentar reconheceu argumentos como os aqui colocados, atribuindo seu julgamento em vara criminal à interpretação jurídica de que o crime em questão não seria homicídio, mas um crime contra o patrimônio, com o agravamento da pena em razão da morte.

Não obstante, o deputado discordava da interpretação jurisprudencial, fosse pela valorização do bem jurídico secundário patrimônio em relação ao bem jurídico vida, fosse pelo argumento de que a garantia fundamental do artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal (que reconhece a instituição do Júri e princípios a ele vinculados), não impede ou veda a ampliação de sua competência para julgamento de outros delitos, pois que esta seria mínima, não exclusiva.²³

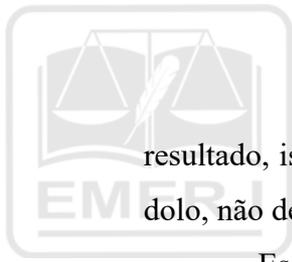
A proposta do deputado era bastante razoável, pois, de fato, a vida humana goza de mais importância do que seu patrimônio, que pode ser recuperado no futuro. Sem qualquer objetivo de desmerecer a perda patrimonial da vítima, muitas vezes obtida por meio de pesado esforço, é preciso delinear que, quando a vítima vai a óbito, extingue-se qualquer possibilidade.

Cumprido complementar, em referência ao capítulo 2 e em compasso com o pensamento do parlamentar,²⁴ que o dispositivo constitucional jamais proibiu que uma alteração da legislação ordinária transferisse outros delitos para o Tribunal Popular. Na realidade, a vedação do artigo era contra a retirada dos crimes dolosos contra a vida da alçada do Tribunal do Júri.

Como é sabido, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados rejeitou, em parecer terminativo, o projeto apresentado. Segundo o argumento apresentado em relatório, a competência constitucional do júri seria taxativa, não exemplificativa. Assim, exigir-se-ia que a intencionalidade do agente estivesse voltada para a realização deste

²³BRASIL. *Projeto de lei nº 779, de 2007*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=348619>. Acesso em: 24 out. 2018.

²⁴Na ocasião, o deputado federal Gusman Filho (PRP-SP), defendeu que a mudança despertaria no cidadão maior sentido de responsabilidade ao ser escolhido para julgar outros crimes com resultado morte, sendo justo que este pudesse participar do julgamento de uma conduta tão relevante para a degradação da segurança da sociedade. In: *ibid*.



resultado, isto é, que a morte decorresse de vontade ou previsibilidade de sua ação, a título de dolo, não de culpa.²⁵

Essa foi a justificativa oficial, no entanto, o deputado Rodrigo Pacheco (então PMDB-MG), relator do projeto, alegou nos debates que “os tribunais já estão sobrecarregados por crimes que devem ser julgados por júris, e ampliar as atribuições ajudaria a retardar ainda mais a Justiça.”²⁶

Ou seja, apesar da rejeição, não é possível concluir até que ponto o argumento do eficientismo do sistema penal possa ter influenciado a decisão, uma vez que o rito do tribunal do júri é sabidamente mais vagaroso em face do juízo criminal comum. Tal tese não parece ser juridicamente adequada, uma vez que a celeridade não é garantia de devido processo legal.

Recorde-se que o eficientismo puro e simples acaba por depreciar, em diversos níveis de proporção, os princípios da reserva legal e da legalidade estrita. Trata-se de buscar irrefletidamente a garantia da eficácia absoluta do Direito Penal, aqui entendido como a certeza da punição célere, isto é, a certeza de que nenhum culpado ficará impune.²⁷

Sem filtros como o do devido processo legal e o da dignidade da pessoa humana, o eficientismo penal fere de morte as mais importantes garantias individuais presentes no texto constitucional, destacando-se, por razão do tema abordado no presente estudo, a plenitude de defesa e o princípio do juiz natural, que tornam-se letra morta a partir do momento em que a competência do Tribunal do Júri é afastada em favor do Juízo Singular, unicamente por uma alegação de sobrecarga de trabalho dos agentes do sistema penal brasileiro.

De todo modo, as portas do Poder Legislativo não estão fechadas a uma nova proposta nesse sentido, provavelmente após fundamentação mais precisa acerca da intencionalidade do agente nos crimes em que o roubo é seguido de morte. Por todo o exposto, esse seria o caminho mais seguro juridicamente para deslocar a competência do delito de latrocínio para o julgamento conjunto no Tribunal do Júri.

²⁵ BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. Quinta Feira, 26 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020151126002040000.PDF#page=184>>. Acesso em: 24 out. 2018.

²⁶ AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS. *Câmara rejeita ampliação de competências do Tribunal do Júri*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/500157-CAMARA-REJEITA-AMPLIACAO-DE-COMPETENCIAS-DO-TRIBUNAL-DO-JURI.html>>. Acesso em: 24 out. 2018.

²⁷FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 84.

CONCLUSÃO

A ampliação da competência do Tribunal do Júri para julgar crime de latrocínio, como abordado no decorrer do presente trabalho, afigura-se possível, mas só mediante um grande esforço jurídico-hermenêutico, preferencialmente alinhado com alterações legislativas pontuais e capacitação dos Tribunais do Júri estaduais e federais para a nova incumbência.

No campo argumentativo, há que se considerar, apesar das críticas de parcela da doutrina, bem como de influentes operadores do direito aqui citados, que não há quem possa melhor analisar um crime contra a vida do que seus semelhantes, em igualdade jurídica.

Por isso, o juiz togado, malgrado sua indiscutível capacidade técnica, não gozaria da mesma acuidade que os jurados do povo. Nem mesmo o asoerbamento do trabalho dos agentes do sistema penal, decorrente do deslocamento da competência de julgamento do latrocínio para o Tribunal do Júri, poderia justificar a impossibilidade da mudança aqui discutida. Isso porque, como visto ao final do capítulo 3, o suposto retardamento da Justiça, um dos acusados de contribuir para a impunidade e falta de eficiência do sistema penal, não pode, de modo algum, sobrepor-se às garantias individuais fundamentais insculpidas na Constituição Federal.

Todavia, a posição majoritária da doutrina e jurisprudência não se apoia tão somente no eficientismo penal, afinal, por ser o latrocínio crime de natureza complexa, a incerteza ainda paira no tocante ao momento da sua consumação ou tentativa, como abordado no capítulo 1. Todavia, a manifestação dos legisladores do Congresso Nacional sinaliza a importância do tema. Não se olvide que o Projeto de Lei nº 779, de 2007, não só tramitou, como também chegou às raias da aprovação.

No que tange à possibilidade de o crime de latrocínio passar a elencar o rol de delitos sujeitos ao rito do Tribunal do Júri, ou seja, aqueles dolosos contra vida, é altamente recomendável uma previsão taxativa nos Códigos Penal e Processual Penal, os quais considerarão sua natureza de crime doloso contra a vida, devendo ser elencado como tipo penal formal, independentemente catalogado, em obediência aos corolários constitucionais penais.

Finalmente, não se nega que os tribunais superiores há muito se posicionaram contra a atribuição do julgamento do delito em tela a cargo do Tribunal do Júri, mas sem embargo, essa situação, conforme apontado no bojo do capítulo 2, não é de modo algum fossilizada e abre espaço para discussão ampla em toda sociedade.



REFERÊNCIAS

AGENCIA CAMARA NOTÍCIAS. *Câmara rejeita ampliação de competências do Tribunal do Júri*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/500157-CAMARA-REJEITA-AMPLIACAO-DE-COMPETENCIAS-DO-TRIBUNAL-DO-JURI.html>>. Acesso em: 24 out. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. Diário da Câmara Dos Deputados. Quinta Feira, 26 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020151126002040000.PDF#page=184>>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 07 ago. 2018.

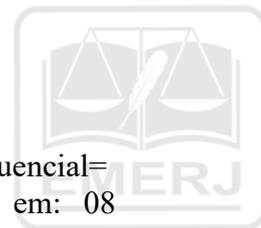
_____. Projeto de Lei nº 779, de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 140541/MA. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Data do Julgamento em: 07 out. 2004. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clas.+e+@num=%27030124%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27030124%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clas.+e+@num=%27030124%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27030124%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 030124/MG. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Data do Julgamento em: 07 out. 2004. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clas.+e+@num=%27030124%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27030124%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clas.+e+@num=%27030124%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27030124%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 323.661/MS. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em: 01 ago. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1436919&num_registro=201501113007&data=20150908&formato=PDF>. Acesso em: 26 de nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* 284.307/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgamento em: 12 ago. 2014. Disponível em:



https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338076&num_registro=201304038017&data=20140826&formato=PDF. Acesso em: 08 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas Corpus* 110.191/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 23 mai. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3741491>. Acesso em: 26 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 603*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2683>. Acesso em: 07 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Medida Cautelar em *Habeas Corpus* 126.315/SP. Decisão Monocrática Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 04 mar. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000403855&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 26 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas Corpus* 119.200/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 11 fev. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5399966>. Acesso em: 25 nov. 2018.

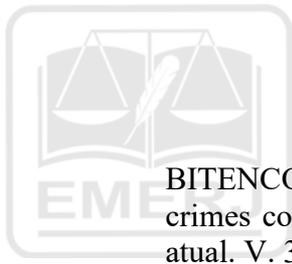
_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* 118.977/MS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 18 mar. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5595009>. Acesso em: 26 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação 4335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 20 mar. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Criminal. *Conflito de Jurisdição nº 0008466-51.2018.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Adriana Lopes Moutinho Daudt D'oliveira. Julgamento em: 04 abr. 2018. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004737F865B725750F82E4E340CCD55D7C5C508023D1261&USER=>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Segunda Câmara Cível. Apelação Cível 0036221-27.2012.8.19.0205. Relator: Desembargador Paulo Sérgio Prestes do Santos. Julgamento em: 04 dez. 2013. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000495C8E9C5FAA0EE67FA40F70003FDFBD8C502520E4F05&USER=>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vigésima Quarta Câmara Cível. Apelação Cível 0342008-57.2013.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Regina Lúcia Passos. Julgamento em: 19 ago. 2015. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CB5786B964EC60057055DD53B6E43813C5041D06385F&USER=>>. Acesso em: 25 nov. 2018.



BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. Parte especial*. 12. ed. e atual. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal. Parte especial*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DE CASTRO, Kátia Duarte. *O Júri como instrumento do controle social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal. Parte especial*. V. 1. São Paulo: José Bushatsky, 1958.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. V. 1. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

LIMA, Renato Sérgio. Latrocínio é o crime que mais interage com o medo da população. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo: Caderno Brasil, 30 out. 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellize. Amarras ao Juiz: O Direito Penal preserva dogmas anteriores à CF. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-12/direito-penal-preserva-dogmas-anteriores-constituicao-1988>> Acesso em: 03 set. 2018.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 5. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2014. São Paulo: Atlas, 2015.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. STJ divulga 15 teses consolidadas na corte sobre Tribunal do Júri. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-23/stj-divulga-15-teses-consolidadas-corte-tribunal-juri>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

A PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS: COEXISTÊNCIA DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA E A REPERCUSSÃO SUCESSÓRIA

Lívia de Souza Gaspary

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. Atuou no Movimento de Mulheres em São Gonçalo na área de Violência Doméstica contra a Mulher e contra a Criança e o Adolescente. Ex-Assessora da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da ALERJ. Ex- procuradora do Município de Japeri.

Resumo – As famílias são compreendidas como construções sociais e culturais que estão em constante evolução e geram vínculos biológicos e socioafetivos. Nesse sentido, o que se pretende com este trabalho é demonstrar que a parentalidade socioafetiva é uma realidade consolidada na sociedade brasileira e reconhecida pela jurisprudência e pelo ordenamento jurídico, por meio do Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça. Assim, em observância à liberdade de constituição e reconstituição familiar e em respeito à primazia dos interesses da criança e do adolescente, o instituto da multiparentalidade, atualmente, é amplamente aceito, não havendo quaisquer obstáculos à sua materialização nas relações jurídicas parentais comumente vislumbradas na sociedade.

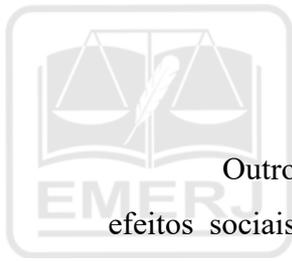
Palavras-chave – Direito de Família. Direito Sucessório. Relações Familiares. Parentalidade Socioafetiva. Multiparentalidade. Pluriparentalidade. Provimento nº 63 do CNJ.

Sumário – Introdução. 1. Parentalidade socioafetiva: conceito e direito ao seu reconhecimento, sob a perspectiva do princípio da afetividade. 2. A coexistência da parentalidade socioafetiva e biológica: uma discussão pautada na relação de afeto. 3. A repercussão sucessória oriunda do reconhecimento da parentalidade socioafetiva: discussão acerca da equiparação dos parentes socioafetivos aos biológicos no âmbito do direito sucessório. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a temática da parentalidade socioafetiva e a sua previsão normativa por meio do Provimento nº 63 do CNJ, que trata do reconhecimento voluntário e da averbação da parentalidade socioafetiva no registro de nascimento.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a discutir e refletir acerca do princípio da afetividade, que, por sua vez, se caracteriza como a essência do vínculo socioafetivo e norteia os direitos e os deveres advindos deste instituto.



Outrossim, é possível afirmar que o instituto da parentalidade socioafetiva gera efeitos sociais e legais. Dentre os efeitos sociais, é possível destacar o afeto como bem jurídico a ser tutelado (princípio da afetividade) e dentre os efeitos legais, destaca-se a discussão acerca da coexistência da parentalidade socioafetiva e biológica e os possíveis efeitos sucessórios decorrentes do reconhecimento desse instituto.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de parentalidade socioafetiva e compreender os direitos e as obrigações oriundas desse instituto. É cedido que tanto a parentalidade socioafetiva quanto a filiação que decorre do vínculo consanguíneo impõem responsabilidades, devendo tais responsabilidades, direitos e deveres serem analisados sob a perspectiva da igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.

Portanto, esse trabalho enfoca a temática das relações familiares na discussão acerca da coexistência da parentalidade socioafetiva e da filiação baseada na origem biológica e sobre os efeitos sucessórios supervenientes à luz da primazia do melhor interesse da criança e do adolescente.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando o instituto da parentalidade socioafetiva, analisando-o sob a perspectiva do princípio da afetividade, que norteia as relações familiares e à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com o objetivo de comprovar que tanto os filhos quanto os pais possuem o direito de ver reconhecida a parentalidade socioafetiva.

Segue-se defendendo, no segundo capítulo, que, sob a perspectiva do ordenamento jurídico e de sua interpretação jurisprudencial, a parentalidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação biológica. Assim, o presente capítulo tem por finalidade comprovar a viabilidade da dupla filiação, ou seja, da multiparentalidade.

O terceiro capítulo trata da necessidade de reconhecer as consequências jurídicas da parentalidade socioafetiva. Para tanto, resta imprescindível comprovar que o reconhecimento da parentalidade socioafetiva não deve situar-se exclusivamente no plano do direito de família, mas também produzir efeitos no ordenamento jurídico como um todo, repercutindo, inclusive, no âmbito das sucessões.

Portanto, é de fundamental importância analisar e refletir acerca da liberdade de constituição e reconstituição familiar, sob a perspectiva do princípio da primazia do interesse da criança e do adolescente, que denota a relevância do reconhecimento jurídico e normativo do instituto da parentalidade socioafetiva.

Por fim, ressalta-se que a presente pesquisa será desenvolvida pelo método



hipotético-dedutivo e a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, posto que o pesquisador pretende se valer da bibliografia e da jurisprudência pertinente à temática em foco – analisada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a sua tese.

1. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: CONCEITO E DIREITO AO SEU RECONHECIMENTO, SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Historicamente, a relação de parentesco se consagrou como o vínculo jurídico que se estabelecia entre as pessoas que possuíam a mesma origem biológica. Dessa forma, além de ser um vínculo natural, o parentesco também era compreendido como uma ligação jurídica estabelecida em lei, que resguardava direitos e atribuía deveres recíprocos.

Nesse contexto, surgiu o instituto da multiparentalidade/parentalidade socioafetiva como um fenômeno social que decorre da existência de famílias reconstituídas, que dão origem a novos elos familiares provenientes do vínculo socioafetivo. A filiação socioafetiva não tem procedência na consanguinidade/laços biológicos, mas sim nas relações de afeto constituídas entre filhos e pais, por meio da convivência contínua.

Nas palavras de Christiano Cassettari¹, "[...] a parentalidade socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas".

É possível afirmar, portanto, que a caracterização da parentalidade socioafetiva tem íntima relação com o princípio da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido, Paulo Lôbo², preceitua que o afeto possui origem constitucional:

[...] o princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

Já o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente se caracteriza por ser

¹ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 17.

² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 8. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 71.



orientador de políticas públicas e de aplicação de norma jurídica, segundo o qual deve ser dada primazia às necessidades da criança e do adolescente, tanto no âmbito público quanto no âmbito privado das relações familiares. Segundo Andréia Rodrigues Amin³, o "princípio do interesse superior é, pois, o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude. Materializá-los é dever de todos".

Silvana Maria Carbonera⁴ afirma que "[...] o aspecto socioafetivo do estabelecimento da filiação baseia-se no comportamento das pessoas que o integram, para revelar quem efetivamente são os pais". Ante o exposto, tem-se dado prevalência ao critério socioafetivo e a primazia do melhor interesse da criança e do adolescente para tutelar o direito a parentalidade socioafetiva e a convivência familiar, reconhecendo, dessa forma, as relações provenientes do afeto, que por sua vez, não possuem qualquer vínculo biológico e de consanguinidade.

A parentalidade socioafetiva é uma construção social que gerou reflexos diretos na jurisprudência brasileira e tem por objetivo proteger a relação parental preexistente que decorre da convivência familiar e do reconhecimento da posse do estado de filho. Surge, então, a dúvida: o reconhecimento da filiação socioafetiva é um direito apenas da criança e do adolescente ou também é um direito do pai ou da mãe, que sempre tratou como filho a pessoa?

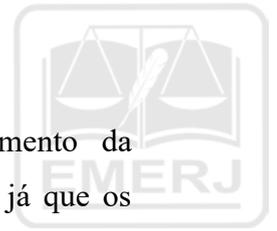
A admissão pelo ordenamento jurídico da relação parental socioafetiva tem por finalidade preservar uma filiação socialmente pré constituída, sendo certo que em diversos julgados provenientes de ações negatória de paternidade, foi afirmado que os filhos possuem o direito da manutenção da parentalidade socioafetiva se restar comprovado o estado de posse de filho, que caracteriza a filiação socioafetiva. *In verbis*:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (...) 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva [ou a posse do estado de filiação], desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso Especial não provido.⁵

³ AMIN, Andréia Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.76.

⁴ CARBONERA apud CASSETTARI, op cit., p. 15.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.059.214*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399240/recurso-especial-resp-1059214-rs-2008-0111832-2-stj/inteiro-teor-21399241>>. Acesso em: 29 mar. 2018.



Não merece, entretanto, prosperar a alegação de que o reconhecimento da parentalidade socioafetiva pertence exclusivamente ao infante ou ao adolescente, já que os vínculos familiares se fundamentam em uma construção social e bilateral, ou seja, o sentimento afetivo, tal como o carinho, o respeito e o amor, deve existir tanto no pai/mãe quanto no filho. Logo, a mãe e/ou o pai socioafetivo também possuem o direito de ter reconhecido o vínculo parental decorrente das relações de afeto previamente constituída de forma voluntária com a criança e/ou adolescente. Destaca-se o entendimento firmado por Christiano Cassettari⁶ acerca do direito a filiação socioafetiva:

[...] acreditamos que tal direito tenha que ser de mão dupla, haja vista que reconhecê-lo somente aos filhos seria dar uma interpretação inconstitucional ao instituto, em decorrência do princípio da isonomia, consagrado como uma garantia fundamental, insculpida no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que trata do princípio da isonomia, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Para Cassettari⁷ o afeto é o ponto nodal das relações familiares, logo, é inconcebível qualquer distinção entre os direitos dos pais e dos filhos. Em outras palavras, o que caracteriza o elo parental, seja ele decorrente da filiação consanguínea ou socioafetiva é a afetividade, que em última análise está intimamente associada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Se todos são iguais perante a lei, não podemos fazer distinção entre pais e filhos, tentando valorar a importância do afeto para um ou outro, já que existe importância desse valor jurídico para ambos. Não podemos esquecer que o direito à igualdade é uma garantia fundamental, prevista em cláusula pétrea, e que qualquer interpretação contrária a isso afrontaria nossa Constituição Federal. Isso sem contar a maior cláusula geral da nossa Constituição, prevista no art. 1º, inciso III, que criou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e que fundamentará, também, que os pais também possuem direito de valorização da relação afetiva que formam com seus filhos do coração.

Em conformidade com o entendimento supramencionado, o STJ, no REsp nº 1.106.637-SP⁸, firmou o entendimento segundo o qual o pai afetivo possui interesse para propor a ação de reconhecimento de vínculo socioafetivo.

Direito civil. Família. (...) Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. (...) Sob a tónica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida

⁶ CASSETTARI, op cit., p. 19.

⁷ Ibidem, p. 19.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.106.637. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200802608928.REG.>>. Acesso em: 29 mar. 2018.



legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. (...) Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna [...].

De acordo com o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.106.637-SP⁹), é direito fundamental da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família, o que abrange a convivência familiar ampla. Dessa forma, para que seja reconhecido o vínculo socioafetivo requerido pelo padrasto, deverá ser analisado todos os elementos colacionados aos autos e as suas peculiaridades, dando primazia ao princípio do melhor interesse da criança.

[...] Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico "ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas", deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar (...). Por tudo isso "consideradas as peculiaridades do processo", é que deve ser concedido ao padrasto "legitimado ativamente e detentor de interesse de agir" o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar "pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida" em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169 do ECA [...].

Assim, os princípios da afetividade e da primazia do direito da criança e do adolescente legitimam a parentalidade socioafetiva, que se caracteriza como um direito bilateral, no qual é intrínseco o sentimento afetivo existente entre pai/mãe e filho socioafetivo. Então, deve ser direito de ambos ver reconhecida a filiação socioafetiva.

2. A COEXISTÊNCIA DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA RELAÇÃO DE AFETO

Atualmente, diante da sociedade multicultural brasileira, a doutrina e a jurisprudência entendem que deve haver uma conjugação entre os direitos e as obrigações decorrentes da paternidade/maternidade biológica e a socioafetiva.

Maria Berenice Dias¹⁰ ao tratar da filiação decorrente da origem afetiva afirma que:

[...] a filiação que resulta da posse do estado de filho constitui uma das modalidades de parentesco civil de "outra origem", previstas na lei (CC 1.593): a origem afetiva. A filiação socioafetiva corresponde à verdade construída pela convivência e

⁹ Ibidem.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 429.



assegura o direito à filiação. A consagração da afetividade como direito fundamental subtrai a resistência em admitir a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva.

É imperioso, portanto, destacar que independentemente da origem do vínculo - biológico ou socioafetivo -, toda paternidade/maternidade é necessariamente socioafetiva, na medida em que a socioafetividade é gênero do qual são espécies a parentalidade biológica e a não biológica. Ou seja, o afeto é o principal elemento que constitui as relações familiares.

O afeto, elemento identificador das entidades familiares, passou a servir de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. Se de um lado existe a verdade biológica, de outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: a filiação socioafetiva, que decorre da estabilidade dos laços familiares. Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar a presença do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. A pluriparentalidade é reconhecida sob o prisma da visão do filho, que passa a ter dois ou mais novos vínculos familiares. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo o direito à afetividade. [...].¹¹

Nesse sentido, Maria Berenice Dias¹² afirma que o Superior Tribunal de Justiça, acertadamente, se manifestou de forma favorável à coexistência das relações decorrentes do vínculo biológico e socioafetivo, dando primazia às relações fundamentadas na afetividade, retratando, dessa forma, a realidade social.

[...] Já sinalizou o STJ que não pode passar despercebida pelo direito a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social. (...)

No dizer de Belmiro Welter, não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, que fazem parte da trajetória da vida humana, é negar a existência tridimensional do ser humano, pelo que se devem manter incólumes as duas paternidades.

Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos ou apenas afetivos, mais do que um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los. Não há outra forma de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo no que diz com o respeito à dignidade e à afetividade. [...].

Assim, admitida a parentalidade socioafetiva, é imprescindível o reconhecimento da coexistência da filiação genética e da filiação decorrente das relações de afeto. No tema de Repercussão Geral nº 622 (RE nº 898.060)¹³, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foi firmada a tese de que não há prevalência ou superioridade entre a paternidade socioafetiva e a biológica, sendo plenamente possível a coexistência de ambas.

¹¹ Ibidem, p. 432.

¹² Ibidem, p. 432-433.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 898.060*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+898060%2E+NUMERO%2E%29+OU+%28RE%2E+ACMS%2E+ADJ2+898060%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oxbmklf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.



Recurso Extraordinário. (...) Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. (...) Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. (...) Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). (...) 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos [...].

A decisão do Supremo Tribunal Federal, exarada no RE nº 898.060¹⁴, reconheceu, dessa forma, a possibilidade da dupla parentalidade, também denominada multiparentalidade/pluriparentalidade, isto é, o registro em documento de identificação tanto da filiação biológica quanto socioafetiva.

[...] 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".

Em consonância com o exposto, se destaca a apelação nº 0013384-47.2013.8.19.0203¹⁵, na qual o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu a dupla paternidade. *In verbis*:

[...] AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO PARCIAL DE REGISTRO. (...) EXPEDIÇÃO DE MANDADO AO RCPN PARA ACRESCENTAR A PATERNIDADE DO AUTOR SEM EXCLUSÃO DA DO RÉU. (...) 1. À luz de recente julgado do STF, consolidou-se o entendimento de que o vínculo socioafetivo está em igual grau de hierarquia jurídica com o biológico, além de se admitir a multiparentalidade. (...) 3. No caso dos autos, ficou evidenciada a paternidade socioafetiva do segundo apelado, que registrou a menor acreditando ser sua filha e, posteriormente, ao saber que o pai biológico era o apelante, continuou a exercer a função de pai. Ademais, há que se considerar que (...) a menor afirma ter dois pais e se relaciona bem com cada um deles.

Como decorrência da consolidação da tese nº 622 do Supremo Tribunal Federal, em 14/11/2017, foi editado o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça¹⁶, que em seus artigos 10 à 15 estabeleceu que é plenamente possível o reconhecimento voluntário da

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0013384-47.2013.8.19.0203*. Relator: Desembargador Fernando Cerqueira Chagas. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3348824&PageSeq=0>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

¹⁶ Idem. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 10 mar. 2018.



paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade perante o registro civil das pessoas naturais.

Dessa forma, o supracitado provimento do Conselho Nacional de Justiça regulamentou, na esfera legal, a pluriparentalidade - coexistência da filiação consanguínea com a filiação afetiva - extrajudicial, antes só reconhecida na esfera judicial, bem como colaborou com a construção de uma sociedade brasileira mais justa, ao possibilitar o reconhecimento da parentalidade socioafetiva em concomitância com a filiação biológica no seio dos registros públicos, garantindo, assim, a prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente; do direito à busca pela felicidade; a afetividade; a solidariedade familiar; a paternidade responsável; e, a igualdade da filiação.

Em resumo, o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça¹⁷ possibilitou o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva em todo o país. Foi permitido às famílias reconstruídas que a verdade real sobre a filiação pluriparental ou multiparental conste nos documentos do registro civil, sem a necessidade da chancela judicial, visto que identificada a pluriparentalidade, faz-se necessário reconhecer a existência dos diversos vínculos de filiação.

É um direito das famílias que compõem a sociedade moderna o reconhecimento da coexistência dos vínculos parentais e afetivos, sendo essa uma forma de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, em especial, a dignidade e a afetividade. Nas palavras de Maria Berenice Dias¹⁸, "o direito de uma criança ou adolescente ter retratado em seu assento de nascimento o espelho de sua família constitui elemento essencial para a formação e desenvolvimento de sua identidade pessoal, familiar e social [...]". Logo, a identificação da criança e/ou do adolescente perante a sociedade é indissociável daqueles que fazem parte de sua história.

3. A REPERCUSSÃO SUCESSÓRIA ORIUNDA DO RECOHECIMENTO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: DISCUSSÃO ACERCA DA EQUIPARAÇÃO DOS PARENTES SOCIOAFETIVOS AOS BIOLÓGICOS NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO

A multiparentalidade, que consiste no reconhecimento dos vínculos biológicos e socioafetivos, tornou-se, principalmente a partir da publicação do Provimento nº 63 do

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ DIAS, op cit., p. 433.



Conselho Nacional de Justiça¹⁹, uma realidade jurídica, impulsionada pela dinâmica da realidade social, em que prepondera as relações de afeto. A constatação da existência da parentalidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060²⁰ (com repercussão geral) e da edição do Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça²¹, compreende a certificação no campo jurídico do que ocorre no mundo dos fatos, em que prevalece o direito a convivência familiar e a afetividade.

Paulo Nader²² afirma que a desbiologização do parentesco em benefício das relações pautadas no afeto (socioafetividade) repercute no âmbito das sucessões.

O avanço que se constata com a desbiologização do parentesco em prol de vínculos socioafetivos não deve situar-se exclusivamente no plano teórico, afirmação de princípios, mas produzir efeitos práticos no ordenamento jurídico como um todo, repercutindo inclusive no âmbito das sucessões.

Euclides de Oliveira²³, por sua vez, ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado ao direito sucessório:

[...] como pano de fundo do estudo do direito sucessório aloca-se a principiologia constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988), de obrigatória observância pelo sistema normativo. Nesse contexto, a atribuição de bens da herança aos sucessores deve ser pautada de acordo com esse critério de valorização do ser humano, de modo a que o patrimônio outorgado lhe transmita uma existência mais justa e digna dentro do contexto social.

Nas palavras de Luiz Paulo Vieira de Carvalho²⁴, a multiparentalidade encontra-se no mesmo patamar jurídico da filiação genética, havendo, portanto, a coexistência de ambas as paternidades/maternidades, o que coloca em destaque o princípio da paternidade responsável.

Destarte, pondere-se que a paternidade socioafetiva (art. 227, *caput*, da CRFB), como instituto jurídico, e a paternidade biológica ou consanguínea (direito à ancestralidade, art. 227, §6º, da CFRB, arts. 26 e 27 do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), a partir de agora situam-se no mesmo plano, isto é, as paternidades podem ser reconhecidas e cumuladas, isto é, nenhuma delas deve ser considerada predominantes e/ou excludente, de caráter sucessivo ou não.

Os vínculos socioafetivos decorrem de uma relação fática vivenciada pelas partes envolvidas, que manifestam relações mútuas de afeto típicas da relação parental e foram reconhecidos pela jurisprudência brasileira e pelo Provimento nº 63 do Conselho Nacional de

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁰ Idem, op. cit., nota 13.

²¹ Idem, op. cit., nota 16.

²² NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 7. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 308.

²³ OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2-3.

²⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 324.



Justiça²⁵, que proporcionou às relações provenientes do afeto as proteções sucessórias previstas em lei.

Em consonância com o exposto, Flávio Tartuce²⁶, em artigo publicado na internet, defende que "a paternidade socioafetiva firmou-se como forma de parentesco civil (nos termos do artigo 1.593 do CC), em situação de igualdade com a paternidade biológica. Não há hierarquia entre uma ou outra modalidade de filiação. Chegou-se, assim, a um razoável equilíbrio." Então, instaurou-se uma nova realidade para o direito de família e das sucessões no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente diante do reconhecimento judicial e extrajudicial a coexistência das parentalidades biológica e socioafetiva.

O reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência da multiparentalidade/pluriparentalidade, acarreta efeitos patrimoniais, em especial, os efeitos sucessórios. Nesse sentido, os Enunciados nº 06 e nº 09 do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família)²⁷, preceituam, respectivamente, que "do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental" e "a multiparentalidade gera efeitos jurídicos". Diante desse contexto, Maria Berenice Dias²⁸ assevera que:

[...] o reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhes são inerentes, segundo enunciado do IBDFAM. O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se o filho é menor de idade, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por forçado princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de "segunda classe". O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos.

Conclui-se, portanto, que todas as regras inerentes ao direito sucessório são aplicáveis a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade/pluriparentalidade, devendo os parentes socioafetivos serem equiparados aos biológicos. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito sucessório na dupla filiação decorrente da multiparentalidade no REsp nº 1.618.230/RS²⁹:

²⁵BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁶TARTUCE, Flávio. *Breves e iniciais reflexões sobre o julgamento do STF sobre parentalidade socioafetiva*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/387075289/breves-e-iniciais-reflexoes-sobre-o-julgamento-do-stf-sobre-parentalidade-socioafetiva>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

²⁷INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Enunciados nº 06 e nº 09*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

²⁸DIAS, op. cit., p. 430.

²⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.618.230*. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1618230&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 jun. 2018.



RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. (...) 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido.

Dessa forma, ao se realizar uma interpretação sistemática do artigo 1.829, do Código Civil de 2002³⁰ com o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça³¹, tanto a relação parental proveniente de vínculos genéticos quanto aquelas decorrentes das relações de afeto, reconhecidas judicial ou extrajudicialmente, estão inseridas na classe prioritária da ordem de vocação hereditária.

Ademais, conforme lecionada Luiz Paulo Vieira de Carvalho³², o direito à herança é *cláusula pétrea*, sendo certo que o direito sucessório é uma decorrência natural e originária do reconhecimento da multiparentalidade/pluriparentalidade.

Além disso, é de recordar que o Direito à herança é *cláusula pétrea* (art. 5º, XXX) e, em tais termos civis constitucionais, uma vez reconhecida e oposta ao termo de nascimento a multiparentalidade (a desaguar na presunção de veracidade do aludido registro), o recolhimento múltiplo de direito sucessório paterno ou materno nada mais é do que efeito natural e consequente da morte de quaisquer dos ascendentes a favor do descendente de primeiro grau (art. 1.829, I, do CC c/c art. 227, §6º, da CRFB).

Assim, o § 6º do artigo 227, da Constituição Federal de 1988³³ garante a isonomia sucessória, bem como o artigo 1.834, do Código Civil de 2002³⁴ preceitua expressamente o direito de todos os filhos à sucessão em igualdade de condições ao dispor que “os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”. Ou

³⁰ Artigo 1.829, do CC/02: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. Idem. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 16.

³² CARVALHO, op cit., p. 332.

³³ Artigo 227, da Constituição da República Federativa do Brasil: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

³⁴ Idem, op. cit., nota 30.

seja, não há mais a possibilidade de produzir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem, seja ela biológica ou afetiva, sendo forçoso o reconhecimento das regras inerentes ao direito sucessório à parentalidade socioafetiva/multiparentalidade/pluriparentalidade.

CONCLUSÃO

O presente estudo analisou o reconhecimento da multiparentalidade/pluriparentalidade no ordenamento jurídico e na jurisprudência brasileira.

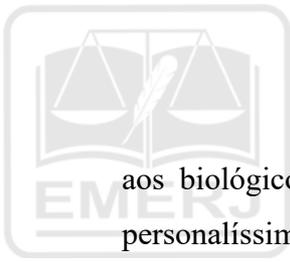
Ao longo deste trabalho, foi apresentado o conceito de parentalidade socioafetiva e o direito ao seu reconhecimento judicial ou extrajudicialmente, sob a perspectiva dos princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente. Dessa forma, a declaração jurídica da relação parental socioafetiva, que inclui a multiparentalidade/pluriparentalidade, tem por objetivo preservar uma filiação socialmente pré constituída.

Na direção da evolução da família e das relações de parentalidade, baseadas no afeto, a jurisprudência brasileira, que está em constante transformação, reconheceu o direito a dupla parentalidade, ou seja, consagrou-se a coexistência dos vínculos oriundos da consanguinidade e dos laços afetivos. No Recurso Extraordinário nº 898.060, o Supremo Tribunal Federal extinguiu, portanto, a divergência jurisprudencial acerca da temática e admitiu a coexistência entre as paternidades genética e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos.

Em decorrência da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 898.060, foi editado o Provimento nº 63 pelo Conselho Nacional de Justiça, segundo o qual é cabível o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de qualquer pessoa perante o registro civil das pessoas naturais. Isso possibilitou que as famílias reconstruídas dessem primazia a verdade real sobre a filiação pluriparental ou multiparental, sem a necessidade da chancela judicial.

É direito de todos, principalmente das crianças e dos adolescentes, ter retratado em seu assento de nascimento a realidade fática de sua família. Trata-se de elemento essencial para a formação e desenvolvimento da identidade pessoal, familiar e social.

Nessa perspectiva, demonstrou-se que o reconhecimento normativo da pluriparentalidade/multiparentalidade e da parentalidade socioafetiva acarreta efeitos patrimoniais, em especial, os sucessórios. Dessa modo, todas as regras inerentes ao direito sucessório são aplicáveis a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade/pluriparentalidade, devendo os parentes socioafetivos serem equiparados



aos biológicos. Ou seja, o reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado por aqueles que tiveram seus vínculos socioafetivos reconhecidos judicial ou extrajudicialmente.

Assim, após a análise de todas as questões que foram trabalhadas neste artigo, conclui-se de forma inequívoca que a parentalidade socioafetiva é uma realidade consolidada na sociedade brasileira e reconhecida pelo Poder Judiciário, impondo-se o reconhecimento de todo e qualquer direito e obrigações inerentes ao vínculo afetivo.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréia Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

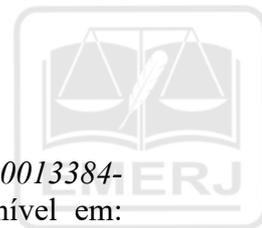
_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.059.214*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399240/recurso-especial-resp-1059214-rs-2008-0111832-2-stj/inteiro-teor-21399241>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.106.637*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200802608928.REG.>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.618.230*. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1618230&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 898.060*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+898060%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oxbmklf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.



_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0013384-47.2013.8.19.0203*. Relator: Desembargador Fernando Cerqueira Chagas. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3348824&PageSeq=0>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

CALDERÓN, Ricardo. *Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GOZZO, Débora. *Dupla parentalidade e direito sucessório: a orientação dos Tribunais Superiores brasileiros*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Gozzo-civilistica.com-a.6.n.1.2017.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Enunciados nº 06 e nº 09*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 8. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO NETO, Paulo Luiz. *Socioafetividade no direito de família: persistente trajetória de um conceito fundamental*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v. 10, n. 5, p. 5-22, ago./set. 2008.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 7. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALOMÃO, Marcos Costa. *A filiação socioafetiva pela posse de estado de filho e a multiparentalidade no provimento 63 do CNJ*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

SCHREIBER, Anderson. *STF, repercussão geral 622: a multiparentalidade e seus Efeitos*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Breves e iniciais reflexões sobre o julgamento do STF sobre parentalidade socioafetiva*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/38>>



7075289/breves-e-iniciais-reflexoes-sobre-o-julgamento-do-stf-sobre-parentalidade-socioafeti
va>. Acesso em: 14 jun. 2018.

É POSSÍVEL FAZER UMA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA ANENCEFALIA COM A MICROCEFALIA, ASSIM PERMITINDO O ABORTO NESSE ÚLTIMO CASO?

Livia Marinho Corrêa

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo – O aborto é uma prática criminalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro e tem sua tipificação nos artigos 124, 125, 126 e 127 do Código Penal. Haja vista os diversos casos de fetos que foram diagnosticados com microcefalia em 2015 em razão do vírus zika, o presente artigo tem o objetivo de discutir sobre a possibilidade de descriminalização do aborto nessas hipóteses, assim como ocorre com a anencefalia. Além disso, se levanta a hipótese de que, caso haja a descriminalização do aborto em decorrência da condição neurológica do feto, haverá espaço, no ordenamento jurídico brasileiro, para a eugenia.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Aborto. Microcefalia x Anencefalia. Direito à saúde. Direito à vida x Direito de viver. Eugenia.

Sumário – Introdução. 1. A precariedade do Sistema Único de Saúde e a Microcefalia. 2. A possibilidade da interrupção da gravidez em casos de microcefalia poderá abrir precedentes para a eugenia se instalar na sociedade brasileira. 3. Assim como ocorre nos casos de anencefalia, há incompatibilidade da vida extrauterina com a microcefalia? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo enfoca a temática do aborto, da anencefalia e da microcefalia. Tal trabalho faz uma análise sobre a possibilidade ou não de se fazer uma interpretação extensiva da anencefalia com a microcefalia.

No ordenamento jurídico brasileiro, o aborto é considerado crime. Ele está inserido no rol de crimes contra a vida. O supramencionado crime se caracteriza pela interrupção da gestação, de forma dolosa, assim acarretando a morte do produto da concepção.

A conduta do delito de aborto está tipificada nos artigos 124, 125, 126 e 127 do Código Penal. O artigo 128, do mesmo diploma, traz as chamadas normas permissivas, ou seja, situações nas quais é possível praticar o aborto sem que haja a caracterização do ilícito penal, são elas: aborto necessário e aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 54, afirmou pela possibilidade da interrupção da



gravidez de fetos portadores de anencefalia ao argumento de que, nesses casos, não há compatibilidade com a vida extrauterina. Com isso, sendo possível a interrupção da gravidez sem que haja a caracterização do crime de aborto.

No ano de 2015, começou a ter um aumento significativo de crianças nascidas portadoras de microcefalia. Posteriormente, foi descoberto que tal aumento estava atrelado ao fato de a mãe ter contraído o vírus zika que é transmitido pelo mosquito *Aedes aegypti*.

Diante de toda falta de informação acerca da doença e, também, da falta de políticas públicas para combater o vetor que a transmite, levantou-se a discussão sobre a possibilidade de se interromper a gravidez quando se descobre que o feto é portador de microcefalia, assim como ocorre nos casos de feto portador de anencefalia.

Inicia-se o primeiro capítulo debatendo a questão da precariedade da Saúde Pública no Brasil e, além disso, se discute a aptidão do Sistema Único de Saúde em atender e tratar essas crianças portadoras de microcefalia.

No segundo capítulo, é feito um apanhado na história, especialmente no período da Segunda Guerra Mundial, sobre a eugenia. Diante desse apanhado, é discutido se a legalização do aborto, em caso de microcefalia, abrirá espaço ou não para que a eugenia se instale na sociedade brasileira.

Por fim, no terceiro capítulo da presente pesquisa científica, é abordado se há incompatibilidade da vida extrauterina em casos de fetos nascidos com microcefalia. Isto é se as sequelas advindas da Microcefalia inviabilizam a vida extrauterina, assim como ocorre na anencefalia.

A pesquisa será desenvolvida pelo método descritivo e explicativo. Além disso, a abordagem do objeto será qualitativa. O trabalho de pesquisa científica se desenvolve pelos procedimentos histórico, bibliográfico e pelo estudo de caso.

1. A PRECARIIDADE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A MICROCEFALIA

A Microcefalia ocorre quando o cérebro do feto não se desenvolve de maneira adequada ou quando o cérebro do bebê para de crescer após o nascimento.¹ Em caso de

¹ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE Disponível em: <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/microcephaly/pt/>> Acesso em: 17 abr. 2018.



Microcefalia detectada logo após o nascimento, os bebês nascem com o perímetro cefálico menor que o normal, ou seja, para meninos a medida é inferior a 31,9 cm e para meninas a medida é inferior a 31,5 cm².

O vírus Zika é um arbovírus e é transmitido pelo mesmo vetor da Dengue, qual seja, o mosquito *Aedes aegypti*. Em novembro de 2015, o Ministério da Saúde confirmou a relação do vírus Zika com a Microcefalia.³

A grande questão que ronda essa doença é que não se tem como precisar as sequelas que ela pode gerar. Ou seja, não é possível saber quais são as limitações que aquela criança terá e qual o tipo de tratamento que ela vai precisar. Ademais, as espécies de sequelas variam de pessoa para pessoa.

O direito social é um gênero no qual, entre as diversas espécies, está o direito à saúde. Consoante as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos sociais são direitos fundamentais. Com isso, estão sujeitos ao mesmo regime jurídico dos demais direitos fundamentais.⁴

O direito à saúde tem um papel fundamental no ordenamento brasileiro, pois encontra-se interligado com outros direitos fundamentais, como por exemplo: o direito à vida, a integridade física e psíquica, alimentação, *et cetera*. O referido direito está consagrado no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. Tal artigo possui a seguinte previsão: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.⁵

É no artigo 196 da Constituição Federal que o direito à saúde encontra a sua maior concretização. O referido artigo diz que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e

² MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Zika e Microcefalia. Perguntas e respostas*. Disponível em <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/combate-ao-aedes/35515-perguntas-e-respostas-zika-virus>> Acesso em: 17 abr. 2018.

³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Ministério da saúde confirma relação entre o vírus zika e a microcefalia*. Disponível em <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/combate-ao-aedes/50399-ministerio-da-saude-confirma-relacao-entre-virus-zika-e-microcefalia>> Acesso em: 17 abr.2018.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.



de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”⁶

Como se sabe por meio de noticiários televisivos, matérias de sites e jornais, o Sistema de Saúde Pública Brasileiro vive um dos seus piores momentos. As filas para atendimentos são enormes, o Estado não fornece os medicamentos que tem o dever de fornecer, não há vagas para internações de urgência, os Hospitais Públicos estão se deteriorando e assim por diante.

Diante do caos que é vivido pelo o Sistema Único de Saúde (SUS), surge a dúvida: será que essas crianças portadoras da Microcefalia vão ter do SUS o atendimento e o tratamento que elas precisam? Caso a resposta seja negativa, será que, para evitar um possível sofrimento futuro, não seria melhor permitir a interrupção da gestação em casos tais?

A questão mencionada no parágrafo anterior desencadeia uma grande reflexão, pois o que se está falando é do Direito à Vida. Direito esse igualmente garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil no Caput do Artigo 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”⁷.

Não há sombra de dúvidas que os profissionais do Sistema Único de Saúde (SUS) possuem competência para lidar e cuidar dos portadores da microcefalia. Não é isso que se questiona, mas sim se esse Sistema tem condições estruturais de receber essa geração nascida portadora da Microcefalia.

É inegável que os portadores dessa doença, que dependem do SUS para se tratar, de fato, passarão por dificuldades, assim como todas as pessoas que necessitam desse Sistema vivenciam diariamente. Dificuldades essas que existem em razão da falta de políticas públicas voltadas para melhorar a Saúde Pública Brasileira. Diante disso, surge outro questionamento: se viver uma vida dependendo de um Sistema que é falho e, na maioria das vezes, negligente é ter uma vida digna?

Ao se refletir sobre a questão anteriormente levantada, é possível se fazer um embate entre o direito à vida e o direito à uma vida digna. De fato, a Constituição Federal prevê a

⁶ BRASIL, op.cit., nota 5.

⁷ Ibid.



inviolabilidade do direito à vida. Todavia, a Constituição não garante só o direito à vida pura e simplesmente, como também garante que essa vida seja digna.

Em uma entrevista concedida em 10 de janeiro de 2014, o Ministro Luiz Edson Fachin disse que: “dignidade, em nosso ordenamento, é como uma estrela que ilumina muitas pontas e o direito acolhe algumas dessas pontas, como por exemplo: viver sob o mínimo existencial que garanta as possibilidades da realização do projeto de vida corresponde a uma dessas dimensões da dignidade” [informação verbal]⁸.

Ao dar exemplos de uma aplicação prática dessa dignidade, o Ministro, na entrevista supracitada, disse que: “em matéria de direito à saúde, a garantia de atendimentos básicos representa o acesso que se tem para uma existência digna” [informação verbal].⁹

Diante disso, pode-se afirmar que viver dependendo de um sistema de saúde falho, negligente e que, muitas vezes, não atende as necessidades básicas do cidadão fere à dignidade do ser humano, assim ferindo ao que a Constituição da República Federativa do Brasil preconiza.

Ainda há uma outra questão que precisa de reflexão: na hipótese de se legalizar o aborto nos casos de microcefalia, será que o Sistema Único de Saúde conseguiria atender essa demanda de mulheres que vão querer abortar? Ou melhor: será que seria possível detectar que o feto é portador de microcefalia e conseguir agendar no SUS, em tempo hábil, a interrupção dessa gestação?

Essa questão precisa ser refletida, afinal de contas, como já mencionado, a Saúde Pública Brasileira vive um caos e, segundo especialistas o aborto até a 12^a (décima segunda) semana é mais seguro¹⁰ e, além disso, eles afirmam que o feto não sentiria dor se fosse realizado o aborto nesse espaço de tempo.¹¹

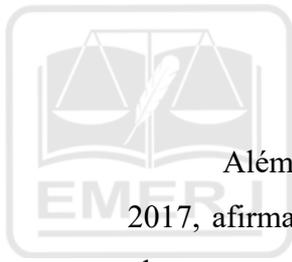
Da forma como se encontra a Saúde Pública no presente, a resposta para a questão é que não seria possível detectar a microcefalia e realizar o procedimento para a interrupção da gestação a tempo, assim evitando as chances de óbito da mulher e o sofrimento do feto.

⁸ CANAL CERS CURSO ONLINE. Entrevista concedida pelo Ministro Luiz Edson Fachin em 10 de janeiro de 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IOaT10fvWEg>> Acesso em 22 out. de 2018.

⁹ Ibid.

¹⁰ PORTAL R7. *Aborto até 12 semanas é mais seguro e pode ser feito com remédios, segundo médicos*. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/saude/aborto-em-12-semanas-e-mais-seguro-e-pode-ser-realizado-com-remedio-dizem-medicos-21032013>> Acesso em 20 fev.2019

¹¹ Ibid.



Além do mais, em uma matéria publicada no site Estadão, em 04 de dezembro de 2017, afirma-se que a lista de espera para uma cirurgia no SUS chega a 904 mil pessoas e alguns aguardam na fila há 12 anos¹². Com isso, acredita-se que a resolução cirúrgica de pacientes que aguardam anos na fila deveria ser prioridade, antes de se pensar em nova sobrecarga do sistema.

Os que compartilham da opinião que deveria haver a possibilidade de aborto nos casos de microcefalia justificam o seu posicionamento na ausência de políticas públicas voltadas para a erradicação do mosquito e para o caos da Saúde Pública. Com isso, afirmam que não pode a mulher ser penalizada em razão das políticas públicas falhas ou inexistentes.¹³

Contudo, não tem como justificar a interrupção da gravidez e, conseqüentemente, a interrupção de uma vida usando como fundamento a negligência Estatal. Além do que, não é possível usar como argumento as sequelas que esse feto terá em vida, pois, como já dito, é impossível ter certeza de quais serão essas sequelas.

De fato, a mulher não pode ser penalizada pela ausência de políticas públicas voltadas para a saúde e a prevenção de doenças. Entretanto, o feto, portador de microcefalia, também não pode ser penalizado pela negligência Estatal com a saúde pública. Então, fica a dúvida do que deve ser feito.

Conforme já mencionado, o artigo 196 da Constituição Federal¹⁴ afirma que é dever do Estado propiciar um Sistema de Saúde Pública de qualidade para todos os cidadãos. Além disto, o Estado deve ter políticas públicas que visem à redução do risco de doenças.

Com isso, impossibilitar que uma pessoa nasça em razão da incompetência Estatal em fornecer uma Saúde Pública de qualidade e em combater a proliferação da zika é um argumento falho que não foca no real problema que vivemos, qual seja, a falência do Sistema Único de Saúde.

Logo, o que tem que ser feito é cobrar do Estado um Sistema de Saúde que atenda todas as necessidades que uma pessoa com Microcefalia necessite. Na verdade, tem que se

¹² ESTADÃO. *Pais tem 904 mil na fila por cirurgia eletiva no SUS; espera chega a 12 anos*. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,pais-tem-904-mil-na-fila-por-cirurgia-eletiva-no-sus-espera-chega-a-12-anos,70002106713>> Acesso em: 20 fev.2018

¹³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA SAÚDE COLETIVA. *Bioética e aborto em casos de microcefalia*. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/noticias/saude-da-populacao/bioetica-aborto-em-casos-de-microcefalia/15909/>> Acesso em: 18 abr.2018.

¹⁴ BRASIL, op.cit., nota 5.



cobrar um Sistema de Saúde Pública que atenda, de forma satisfatória, todo e qualquer cidadão.

2. A POSSIBILIDADE DA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ EM CASOS DE MICROCEFALIA PODERÁ ABRIR PRECEDENTES PARA A EUGENIA SE INSTALAR NA SOCIEDADE BRASILEIRA

É possível definir eugenia como uma espécie de seleção dos seres humanos que é feita com base em características hereditárias. A eugenia tem como objetivo a “melhora” das futuras gerações.

O termo eugenia foi criado por Francis Galton. Ele acreditava que, caso fosse possível quantificar a hereditariedade, seria possível controlá-la e, assim, criar seres humanos melhores.¹⁵

Foi nos Estados Unidos, no início do século XX, que a eugenia ganhou força e contornos ainda mais negativos, pois começou-se a discutir a ideia de quem poderia reproduzir e quem não poderia. Uma das razões dessa discussão é que, nessa época, o já mencionado país estava começando a enfrentar problemas sociais urbanos e, com isso, surgiu a crença de que esses problemas estavam atrelados a fatores hereditários.¹⁶

A eugenia tomou uma proporção tão grande nos Estados Unidos que, em 1927, a Suprema Corte Americana, ao julgar o caso *Buck vs. Bell*, permitiu que fosse feita a esterilização compulsória de uma jovem que era interna na Colônia Estatal de Virgínia para Epiléticos e Débeis Mentais.¹⁷ Após esse caso, pode-se dizer que a esterilização compulsória se tornou ainda mais popular nos Estados Unidos.

O período nazista, na Alemanha, foi marcado pela crença de que havia uma “raça superior”: a raça ariana. Além de ter tido esse viés racista, o nazismo também pregava

¹⁵ BBC. *Eugenia: como movimento para criar seres humanos 'melhores' nos EUA influenciou Hitler*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39625619>>. Acesso em: 25 de set.2018.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.



eugenia. É importante esclarecer que o movimento eugenista americano, anteriormente mencionado, influenciou a crença eugenista alemã.¹⁸

Durante o regime nazista, houve diversas práticas que tinham como fim a eugenia. Dentre elas, é possível citar a publicação de uma lei datada de 14 de julho de 1933 que tinha como objetivo prevenir a progênie defeituosa com uma esterilização compulsória em massa de pessoas que eram portadoras de algumas espécies de doenças mentais ou deformidades físicas.¹⁹ Além dessa esterilização compulsória, a prática da eutanásia de pessoas com doença mental ou deformidade física também era muito recorrente naquela época.²⁰

Quando se debate a possibilidade da interrupção da gestação em caso de fetos portadores de microcefalia, é impossível não fazer um paralelo com os horrores ocorridos na história recente da humanidade em decorrência das práticas eugenistas. Afinal, o que se debate é a interrupção da gestação em razão do feto possuir uma doença congênita.

De fato, a microcefalia é uma doença séria e que pode trazer grandes sequelas e limitações para quem a possui. Só que não é a única doença que pode acarretar isso. Há uma infinidade de outras doenças que também podem. Então, se o aborto voluntário for permitido em tal situação, será que não haverá pessoas querendo interromper suas gestações ao argumento de que o feto possui alguma doença?

A história mundial recente demonstra que o ser humano pode ser capaz de atitudes muito cruéis. Logo, permitir o aborto voluntário porque o feto tem microcefalia vai abrir sim precedentes para que haja uma banalização do aborto em tanto outros casos bem menos sérios. Inclusive, poderá abrir precedentes para casos que não envolvam doenças congênitas.

A descriminalização do aborto é um tema que deve ser debatido na sociedade atual. Entretanto, o argumento de que o aborto deve ser permitido só porque o feto é portador de uma doença não é uma boa justificativa. Além disso, como já mencionado, abrindo tal precedente, haverá o incentivo para que a eugenia se enraíze e ganhe força na sociedade brasileira.

¹⁸ PEDROSA, Paulo Sérgio Rodrigues. *Eugenia: o pesadelo genético do século XX. Parte III: a ciência nazista*. Disponível em: < http://www.montfort.org.br/bra/veritas/ciencia/eugenia_ciencia_nazista/ >. Acesso em: 26 set. 2018.

¹⁹ Ibid.

²⁰ FERNANDES, Claudio. *História do mundo. Eugenia nazista*. Disponível em: <<https://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/eugenia-nazista.htm>> Acesso em: 26 set.2018.

3. ASSIM COMO OCORRE NOS CASOS DE ANENCEFALIA, HÁ INCOMPATIBILIDADE DA VIDA EXTRAUTERINA COM A MICROCEFALIA?

O direito à vida é uma garantia fundamental prevista no texto constitucional. O referido direito está consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil ²¹ em seu artigo 5º, caput. Esse artigo garante a inviolabilidade do direito à vida do brasileiro e do estrangeiro. Nesse sentido: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

Ingo Wolfgang Sarlet²², no livro *Curso de Direito Constitucional*, afirma que o conceito de vida, para efeitos da proteção jusfundamental, é aquele da existência física, ou seja, há a adoção de um critério biológico para conceituar o que vem a ser vida.

Em 2012, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 54²³, o Supremo Tribunal Federal julgou como possível a interrupção da gestação de fetos portadores de anencefalia. Na época, o Supremo afirmou que, em casos tais, não há compatibilidade com a vida extrauterina e, conseqüentemente, não haveria configuração do aborto quando uma mulher abortasse um feto com anencefalia.

Como foi dito no primeiro capítulo, a grande discussão que gira em torno da microcefalia é que não se tem como precisar quais são as sequelas que os portadores dessa doença podem vir a ter. É exatamente por isso que há tanta discussão acerca do assunto.

O site Estadão, publicou, em 01 de fevereiro de 2016, uma reportagem com Ana Carolina Dias Cáceres que é portadora de microcefalia.²⁴ A entrevistada, na época, já tinha se formado em jornalismo mesmo com todas as limitações impostas pela doença. Além de jornalista, cantava e tocava violino.

Na reportagem, Ana Carolina defende o direito à vida. Ela afirma que: “Crianças com microcefalia surpreendem e, muitas vezes, de um ponto de vista positivo. Acho que eu

²¹ BRASIL.op.cit., nota 5.

²² SARLET. op.cit., nota 4

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 07 set. de 2018.

²⁴ ESTADÃO. *Jovem com Microcefalia defende direito à vida*. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,jovem-com-microcefalia-defende-direito-a-vida,10000014513>> Acesso em: 07 set. 2018.



sou a prova disso. Por isso, defendo, sim, que um portador de microcefalia tem o direito de vir ao mundo e merece ser cuidado como se deve”.²⁵

Muito embora os portadores de microcefalia apresentem sequelas diferentes e limitações diferentes, considerando o exemplo da Ana Carolina, é possível afirmar que não há incompatibilidade da vida extrauterina com a microcefalia. Na verdade, olhando para esse exemplo vemos que uma pessoa que nasce sendo portadora de microcefalia tem expectativa de vida.

Além disso, foi possível observar que, mesmo sendo portadora de tal doença e tendo limitações que são inerentes da doença, Ana Carolina tem uma vida normal como qualquer jovem de sua idade.

Segundo o artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil²⁶, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

O direito à vida e a dignidade da pessoa humana estão interligados. Em síntese, pode-se dizer que todos possuem direito à uma vida digna. Como mencionado no primeiro capítulo do presente trabalho, a Constituição da República Federativa do Brasil não garante só o direito à vida, como também o direito à uma vida digna.

É indiscutível que tal doença não inviabiliza à vida. Na verdade, diferentemente do que ocorre na anencefalia, quem nasce com microcefalia tem expectativa de vida, ou seja, a morte não é certa. Contudo, para os que são favoráveis a descriminalização do aborto nessa hipótese, pode ser que haja uma incompatibilidade dessa doença com o direito à uma vida digna.

²⁵ ESTADÃO. op. cit., nota 24.

²⁶ BRASIL. op.cit., nota 7.



Entretanto, como demonstrado no caso da Ana Carolina, tal argumento é falho. Afinal, é plenamente possível ter a doença e, ainda assim, superar as dificuldades e ter uma vida normal e com atividades normais.

Diante disso, pode-se afirmar que a microcefalia é compatível com a vida extrauterina e, também, com uma vida digna. Inviabilizar o nascimento de um feto com microcefalia é transferir para um inocente uma responsabilidade que não é dele. Cabe ao Estado investir na saúde e fornecer o tratamento adequado para que todos os portadores de tal doença tenham as mesmas oportunidades de tratamento e desenvolvimento que a portadora Ana Carolina teve.

CONCLUSÃO

O aborto é considerado crime pelo ordenamento jurídico pátrio. Tal tema é muito sensível em na sociedade brasileira, pois o que se tutela, quando criminaliza a prática de aborto, é o direito à vida do feto. O delito de aborto vem tipificado nos artigos 124, 125, 126 e 127 do Código Penal. Tal delito se consuma com a interrupção, de forma dolosa, da vida intrauterina do produto da concepção.

Em 2015, houve um aumento significativo de crianças nascidas com microcefalia em razão do contágio da gestante pelo vírus da zika. Diante desse alarmante número e da completa ausência de combate ao vetor desse vírus por parte do Poder Público, a temática do aborto voltou a ser bastante debatida. Isso porque alguns defendem que haja a descriminalização do aborto quando se descobre que o feto é portador de tal doença, assim como ocorre nos casos de fetos portadores de anencefalia.

Quando o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 54, o argumento utilizado para descriminalizar a interrupção dolosa da gestação de fetos portadores de anencefalia foi a incompatibilidade com a vida extrauterina. Afinal, na anencefalia, mesmo que o bebê nasça, em decorrência de sua condição, ele morrerá logo após o parto.

Entretanto, quando se fala em microcefalia, não há, necessariamente, a morte do bebê logo após o nascimento em virtude dessa doença congênita. Na verdade, quando se descobre que o cérebro do feto não se desenvolveu de maneira adequada, não se tem como



precisar quais serão suas limitações e possíveis problemas que irão acometer esse feto após o seu nascimento.

Em alguns casos, como no exemplo dado no capítulo III do presente trabalho, é possível ter a doença e conviver com todas as limitações que surgem. Assim, levando o portador de microcefalia uma vida normal, ativa e independente.

Ademais, não tem como se defender o aborto em casos de microcefalia ao argumento de que o Sistema Único de Saúde é precário, pois, como preconizado na Constituição da República do Brasil, é dever do Estado fornecer ao cidadão acesso à Saúde Pública de qualidade. Diante desse dever, não tem como possibilitar o aborto em tais casos com fundamento de que o Sistema Único de Saúde (SUS) não conseguirá atender as necessidades dos portadores de tal doença de forma satisfatória. O Estado não só tem a obrigação de atender de forma satisfatória, como também deve implementar políticas de combate ao vetor do vírus zika.

É inegável que o tema da legalização do aborto deve ser debatido na sociedade brasileira. Contudo, o argumento de que há incompatibilidade da vida extrauterina com a microcefalia não procede e, por isso, acredita-se que não é possível que seja feita uma interpretação extensiva da anencefalia com a microcefalia para que seja permitida a interrupção da gestação nessa última situação.

Além de tudo, há o risco de ser aberto um precedente para eugenia na hipótese de legalização do aborto em caso de microcefalia. Não só um precedente, como também um incentivo para que a eugenia e seus horrores ganhem forças e se enraízem na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA. *Bioética e aborto em casos de microcefalia*. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/noticias/saude-da-populacao/bioetica-aborto-em-casos-de-microcefalia/15909/>> Acesso em: 18 abr. 2018.

BBC. *Eugenia: como movimento para criar seres humanos 'melhores' nos EUA influenciou Hitler*. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39625619> >. Acesso em: 25 set.2018.



BLOG DA SAÚDE. Ministério da Saúde. *Ministério da saúde confirma relação entre o vírus zika e a microcefalia*. Disponível em < <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/combate-ao-aedes/50399-ministerio-da-saude-confirma-relacao-entre-virus-zika-e-microcefalia> > Acesso em: 17 abr.2018.

BLOG DA SAÚDE. Ministério da Saúde. *Zika e Microcefalia. Perguntas e respostas*. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/combate-ao-aedes/35515-perguntas-e-respostas-zika-virus>> Acesso em: 17 abr. 2018.

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

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 07 set. de 2018.

ESTADÃO. *Jovem com Microcefalia defende direito à vida*. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,jovem-com-microcefalia-defende-direito-a-vida,10000014513>> Acesso em: 07 set. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. Entrevista concedida ao canal CERS Curso Online em 10 de janeiro de 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=lOaT10fvWEg>> Acesso em: 22 out. 2018.

PORTAL R7. *Aborto até 12 semanas é mais seguro e pode ser feito com remédios, segundo médicos*. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/saude/aborto-em-12-semanas-e-mais-seguro-e-pode-ser-realizado-com-remedio-dizem-medicos-21032013>>

ESTADÃO. *Pais tem 904 mil na fila por cirurgia eletiva no SUS; espera chega a 12 anos*. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,pais-tem-904-mil-na-fila-por-cirurgia-eletiva-no-sus-espera-chega-a-12-anos,70002106713>> Acesso em: 20 fev.2018

FERNANDES, Claudio. *HISTÓRIA DO MUNDO. Eugenia nazista*. Disponível em: <<https://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/eugenia-nazista.htm>> Acesso em: 26 set.2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em:<<http://www.who.int/mediacenter/factsheets/microcephaly/pt/>> Acesso em: 17 abr. 2018.



PEDROSA, Paulo Sérgio Rodrigues. *Eugenia: o pesadelo genético do século XX. Parte III: a ciência nazista*. Disponível em: <http://www.montfort.org.br/bra/veritas/ciencia/eugenia_ciencia_nazista/>. Acesso em 26 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A EFICÁCIA DO DANO MORAL COLETIVO NO ASPECTO PEDAGÓGICO DIANTE DAS VIOLAÇÕES SISTÊMICAS AO DIREITO DO CONSUMIDOR

Louise Lima Henriques

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

Resumo – vive-se em uma sociedade de consumo em que práticas lesivas ao Direito do Consumidor são constantes e, por isso, tão abundantes no Judiciário. Cada vez mais se percebe que a resposta na solução reparação dos danos oriundos desses conflitos não é observa todas as suas funções, por isso torna-se insatisfatória à vítima e incapaz de impedir a repetição da conduta seja pelo réu seja por potencial fornecedor. A essência do trabalho é abordar a problemática a luz dos instrumentos jurídicos disponíveis para a tutela dos direitos consumeristas no ordenamento jurídico, verificar como deve ser fixado e apontar qual seriam seus reflexos.

Palavras-chave - Direito do Consumidor. Direito Processual Civil. Responsabilidade civil. Tutela Coletiva. Dano Moral Coletivo.

Sumário - Introdução. 1. Da necessidade da coexistência de representação tradicional dos interesses individuais com a representação dos interesses coletivos no direito do consumidor. 2. Da necessidade da aplicação do dano moral coletivo no seu aspecto punitivo-pedagógico 3. Da eficácia da condenação à indenização por dano moral coletivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico visa analisar a eficácia do dano moral coletivo no aspecto punitivo-pedagógico diante das violações sistêmicas ao direito do consumidor. Busca-se demonstrar que o comportamento lesivo aos consumidores de maneira reiterada deve-se, em grande parte, à falta de aplicação, de forma eficaz, do dano moral em sua completude.

Para tanto, pretende-se, por meio de uma metodologia de pesquisa jurídica do tipo bibliográfica, exploratória, explicativa e qualitativa, examinar as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria.

Atualmente, a estrutura tradicional de resolução de conflitos de natureza fundamentalmente individualista do direito não é mais capaz de atender, de forma eficaz, o grande número de demandas dos cidadãos que enfrentam a mesma situação prejudicial. Principalmente, no que tange as relações de consumo, em que as relações sociais são marcadas por um desequilíbrio inerente e significativo, e em sua grande maioria de massa.



Assim, impõe-se a aplicação de uma visão coletiva à relação estabelecida entre os consumidores e o Poder Judiciário. Pois, além de grande parte das demandas individuais serem economicamente inconcebíveis, tanto para os consumidores, cujos direitos foram violados, como para o judiciário, pois são empregados recursos para a apreciação de um mesmo fato repetidamente.

Ademais, por força do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, as condenações indenizatórias em ações individuais propostas no judiciário acabam por abranger apenas o aspecto compensatório do dano moral de maneira satisfatória, não comportando o aspecto punitivo-pedagógico dentro desse o valor. Como consequência, essa decisão não gera uma mudança de comportamento por parte do fornecedor ou do prestador do serviço, pois frente ao poder econômico deles, o montante indenizatório é irrisório, o que leva a continuidade das práticas lesivas aos direitos do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, para a melhor compreensão do tema, procura-se demonstrar a necessidade de coexistência da representação tradicional dos interesses individuais com a representação dos interesses coletivos dos consumidores. Em seguida, pretende-se despertar a atenção para o arbitramento do valor indenizatório a título de dano moral coletivo, em seu aspecto pedagógico-punitivo, a fim de se evitar novas violações aos direitos dos consumidores e diante desse cenário, como a aplicação dessa função do dano moral coletivo refletiria em nosso ordenamento jurídico como instrumento eficaz dentro do âmbito consumerista.

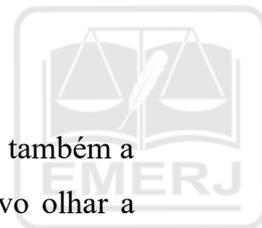
1. DA NECESSIDADE DA COEXISTÊNCIA DA TUTELA TRADICIONAL DOS INTERESSES INDIVIDUAIS COM A TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS DOS CONSUMIDORES

O modelo de processo tradicional é enormemente influenciado pelas teorias contratuais que limitavam o poder do Estado à garantia da ordem pública, abstendo-se de intervir ao máximo na vida privada dos indivíduos.¹ Assim, o caráter essencialmente individualista caracterizou os Códigos Civil 1916 e o Código de Processo Civil de 1939 e 1973², cujo sistema “foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em caso de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas providas pelo próprio lesado”³.

¹ CHAUI, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 402.

² DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p 13.



Contudo, a Revolução Industrial alterou não só a forma de produção, como também a maneira como os indivíduos interagem dentro da sociedade, o que impôs um novo olhar a esse indivíduo, não mais isoladamente considerado, mas inserido dentro de um grupo, de uma massa.

Dessa mudança de perspectiva, os direitos de massa surgem como uma decorrência dos princípios da solidariedade e da fraternidade⁴, e são denominados direitos coletivos. Outrossim, há a consolidação do Estado Social cuja preocupação, segundo Pedro Lenza, era de ser o “grande responsável pela harmonização social e assegurado de alguns direitos que vinham sendo mutilados pela fúria capitalista da Revolução Industrial”⁵.

Diante de demandas cada vez mais complexas, o direito processual civil tradicional se torna impotente⁶ para solucionar os conflitos originários das relações privadas devido ao seu caráter essencialmente individualista.

A impotência do direito em fornecer soluções satisfatórias para a sociedade contemporânea voltada para um processo produtivo de distribuição de bens em massa e de disseminar a responsabilidade pelas lesões aos direitos foi chamada pela doutrina de violações de massa⁷.

A fim de combater essas violações os instrumentos de proteção coletiva dos direitos são criados como forma de superação dos alguns dos obstáculos ilegítimos ao acesso à justiça do modelo tradicional, tais como a proteção de direitos metaindividuais e individuais homogêneos, além dos altos custos da atuação individual⁸.

Ademais, esse novo modelo processual visa desestimular a conduta antijurídica dos litigantes repetitivos visto que “o próprio valor patrimonial da causa, que individualmente seria mínimo, passa a ser de grande relevância”⁹.

Em que pese a insuficiência dos institutos e princípios fundamentais do processo individualista, a doutrina entende que esse não deve ser abandonado e sim superado com a

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford, New York: Clarendon Press, 1989. “Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil”. (Tradução por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, in *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, jan-mar/1977, p. 130.

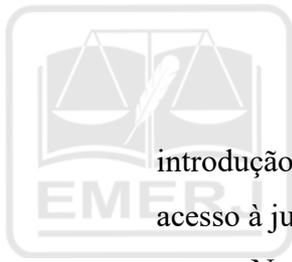
⁵ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29.

⁶ RODRIGUES, Viviane Siqueira. *O Processo Coletivo para a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos*. São Paulo: 2012, p. 38.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MOREIRA, Barbosa. *Revista de Processo*, n. 61, janeiro a março de 1991, p. 187.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* (tradução de Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 26 e seguintes.

⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 45.



introdução de uma nova garantia que busca concretizar a promessa constitucional de efetivo acesso à justiça, denominado “garantismo social”¹⁰.

Na busca pela concretização dessa garantia, o Código de Defesa do Consumidor disciplina a tutela coletiva no ordenamento brasileiro, contudo, a matéria deve ser interpretada dentro de um microsistema¹¹ com os demais diplomas legais que também tratam dessa proteção à coletividade tais como a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), entre outras.

Dentre as lesões objeto de tutela coletiva tem-se os danos individuais de massa que possuem íntima relação com as violações aos direitos individuais homogêneos, pois aquele que pratica o ato lesivo enseja o surgimento do direito à indenização para a vítima, logo, são sinônimas as expressões, conforme Alexandre Bonna.¹²

Tentar definir os direitos individuais de massa se faz relevante ao presente trabalho, pois influenciará a aplicação da indenização eficaz dos danos coletivos e a viabilidade da tutela coletiva conforme art. 81, parágrafo único, inciso III¹³. Posto que, diferentemente dos direitos metaindividuais e indivisíveis, esses são direitos essencialmente individuais e passíveis de tutela separada de cada lesão mediante ação individual¹⁴. Logo, não são direitos essencialmente coletivos, mas devido as circunstâncias nas quais são inseridos possuem autorização para serem tutelados coletivamente.

Ademais, Alexandre Bonna¹⁵ ressalta outro aspecto da importância da coexistência dos modelos no ordenamento uma vez que a

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford, New York: Clarendon Press, 1989. “Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil”. (Tradução por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, in *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, jan-mar/1977, p. 154/157.

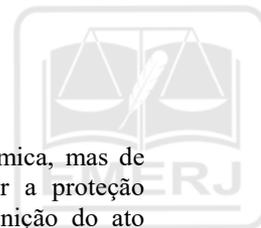
¹¹ Em recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, definiu-se o microsistema de processo coletivo, em voto do eminente Ministro Luiz Fux, hoje membro de nossa Suprema Corte: A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se [...] STJ – REsp n.. 510.150/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17-2-2004.

¹² BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (Indenização Punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 45.

¹³ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 16 abril 2018.

¹⁴ ZAVASKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. *Revista de Processo*. V. 20, n. 78. 1995, p. 33.

¹⁵ BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (Indenização Punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 45.



tutela coletiva possibilita que direitos de pouca relevância econômica, mas de grande envergadura quanto à sua reprovabilidade possam obter a proteção judicial, seja no aspecto compensatório seja no que tange a punição do ato mediante valor indenizatório maior do que o suficiente para cumprir o papel reparatório. Ou seja, permite com que lesões pífias para ser objeto de litigação mostrem sua gravidade quando consideradas coletivamente¹⁶.

Logo, para o autor a tutela possibilita que pequenos danos, além de proteger aquelas vítimas legitimadas a demandar em juízo ações de valor relevante quando comparadas ao dano sofrido, como também os interesses de pessoas que integram grupos vulneráveis fomentando, ao final, o acesso à justiça.

Cabe pontuar que da mesma maneira que um indivíduo isoladamente pode sofrer um dano moral, a coletividade também pode, pois, ela possui uma dimensão ética intimamente relacionada aos indivíduos que a compõe que é diversa daquela individualmente considerada.

Por isso, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, inciso VI¹⁷ traz a previsão legal do dano moral individual e coletivo, além de instituir como direito básico do consumidor a sua prevenção e reparação, o que realça a existência de tutela da defesa coletiva desses danos no art. 81, parágrafo único do CDC¹⁸.

Conforme estabeleceu o STJ, o dano moral está relacionado a lesões a valores e interesses de uma comunidade e ele não precisa ser comprovado por meio de perícia, pois é “dedutível das próprias circunstâncias em que ocorreram os fatos” e podem ser compensados diretamente à sociedade¹⁹.

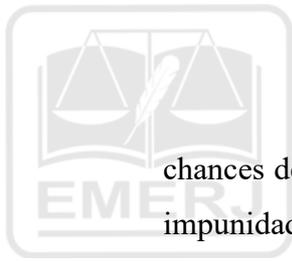
Dentro desse escopo de maior proteção dos vulneráveis em massa, cabe mencionar que apesar da ação individual possibilitar o litisconsórcio, dificilmente será mais representativa em relação ao total das vítimas e extensão dos danos que uma ação coletiva. Ao lado dessa superioridade patente no aspecto numérico, na tutela coletiva aumenta-se as

¹⁶ BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (Indenização Punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 52.

¹⁷ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 16 abril 2018.

¹⁸ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. BRASIL. op. cit., nota 17.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Resp nº: 866636 SP 2006/0104394-9*. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 29/11/2007, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/12/2007, p. 312. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2727406&num_registro=200601043949&data=20071206&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 17 abr 2018



chances de o Poder Judiciário estabelecer uma base aproximada da realidade sobre o nível de impunidade da conduta do réu.

A partir dessas constatações doutrinárias é possível concluir que as ações coletivas são mais adequadas para o julgamento em face de danos em massa que são, em sua maioria, os danos sofridos pelos vulneráveis dentro da relação de consumo.

2. DA QUANTIFICAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANO MORAL COLETIVO ENGLOBALANDO SEU ASPECTO PREVENTIVO

Dentro da ideia de que determinados atos repercutem na sociedade como um todo, vislumbra-se uma violação à dignidade humana individual e coletiva que permitem a indenização por dano moral coletivo, haja vista que as lesões praticadas alcançam situações jurídicas existenciais e perpassam a órbita individual, a indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade do objeto²⁰ caracterizando um dano extrapatrimonial à sociedade. Logo, os grupos, assim como os indivíduos, possuem dignidade.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária da dignidade, uma vez que a dignidade da pessoa humana se encontra ligada à condição humana de cada indivíduo²¹. Consequentemente, a violação à dignidade humana coletiva deve ensejar uma indenização em razão do dano moral coletivo, revestido das mesmas características de uma lesão ao dano moral individual, contudo, em prol da sociedade que é a vítima do dano.

O dano moral tem natureza jurídica extrapatrimonial e possui a dupla função de compensar e prevenir-punir os danos causados. O seu aspecto preventivo-punitivo ganha protagonismo no âmbito do dano moral coletivo, conforme Marcelo Freire Sampaio Costa²², pois na reparação desse dano verifica-se que a compensação deve ser subsidiária à punição do ofensor.

Reforçando esse entendimento, Medeiros Neto afirma que a condenação em danos morais coletivos tem por objetivo “atender-se à necessidade de imposição ao ofensor de uma condenação pecuniária que signifique uma sanção pela prática da conduta ilícita²³ (...)”.

²⁰ ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 230.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 52.

²² COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano Moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial*. São Paulo: LTR, 2009, p. 75.

²³ MEDEIRO NETO, Xisto Tiago. *Dano Moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 202.

Também consta como defensora da aplicação da função punitiva nos danos morais coletivos, Maria Celina Bodin de Moraes²⁴, que tendo em vista as

situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas (...) o valor a maior da indenização, a ser pago 'punitivamente', não deverá ser pago ao autor da ação, mas (...) servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através de depósito das condenações em fundos lá especificados²⁵

Apesar da doutrina reconhecer o protagonismo do caráter punitivo-preventivo do dano moral, ela diverge quanto ao seu arbitramento.

Sérgio Cavalieri Filho²⁶ defende esse aspecto da indenização, mas entende que ela está limitada à extensão do dano e, conseqüentemente, não pode ultrapassá-lo. No mesmo sentido o ministro Sanseverino reconhece a função punitiva e preventiva da indenização, todavia entende que ela deve estar submetida ao teto da reparação integral do dano²⁷.

A função punitiva pressupõe que parte da indenização arbitrada corresponda a uma pena ao ofensor, de forma que se faz necessário diferenciar a conduta do autor da ofensa da sua punição em relação ao parâmetro da extensão do dano previsto no art. 944, caput, do CC/02²⁸.

Humberto Theodoro Júnior, acertadamente, esclarece a diferença:

A indenização, mesmo no dano material, é uma sanção, mas uma sanção que tem uma finalidade, diversa da simples pena-castigo, finalidade específica de restaurar a situação jurídico-patrimonial do ofendido, motivo pelo qual seu montante não deverá ser superior ao dano que sofreu. Da mesma forma, a indenização do dano moral é sanção aplicada ao ofensor, mas terá de ser liquidada apenas 'na proporção da lesão sofrida'. Inserir no cálculo dessa sanção um plus para prevenir e evitar a possibilidade de reiteração do ato nocivo, em nome da sociedade, é avançar sobre um terreno que não toca, ordinariamente ao direito civil disciplinar, mas ao direito público por meio de legislação especial e adequada, com propósitos muitos diferentes dos que o direito privado persegue²⁹.

²⁴ MORAIS, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Direito, Estado e Sociedade*. v. 9. n. 29. julho/dezembro, 2006. p. 245.

²⁵ *Ibidem.*, p. 245

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 125-127.

²⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 272-273.

²⁸ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 3 set. 2018.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 82-83.



A partir dessa distinção verifica-se que a função punitiva defendida e aplicada no Brasil recebe contornos de pena civil, pois na fixação do valor da indenização, além da extensão do dano – art. 944, caput, do Código Civil³⁰ – são analisados o grau de culpa do ofensor; a sua capacidade econômica; a sua posição social; a reincidência na conduta; o aspecto dissuasivo da indenização; e, não raramente, tem sido utilizada como caráter exemplar, a fim de prevenir genericamente condutas semelhantes no futuro³¹.

A fundamentação para condenação por dano moral coletivo baseia-se no fato de que a conduta afeta individualmente cada uma das vítimas, como também, concomitantemente à coletividade, violando preceitos constitucionais, como os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana individual e coletiva.

Dessa forma, utiliza-se da pena civil para proteção contra ilícitos metaindividuais de especial repercussão³² como uma forma de atuação preventiva para desestimular a reincidência da prática daquele ato ilícito no réu e em terceiros no futuro. Conseqüentemente, confere maior proteção àqueles direitos tutelados.

Ressalte-se que a aplicação dessa pena, que cumpre a função punitiva-pedagógica, nem sempre será necessária a quantificação do dano, uma vez que a reparação do dano moral pode ser fixada em obrigação não pecuniária, consistente em obrigações de fazer e não fazer, sempre que o magistrado verificar, à luz do caso concreto, a possibilidade e que o seu cumprimento será mais efetivo.

Não sendo hipótese de condenação de medidas *in natura*, o juiz fixará um valor a título de danos morais.

O Código Civil de 1916 estabelecia os regimes de valoração, quais sejam: tarifamento e arbitramento; todavia, o Código Civil de 2002 não repetiu essa regra valorativa, sendo omissivo quanto ao método de fixação do valor de reparação por danos morais.

Por força desse silêncio do legislador, aplica-se tradicionalmente o arbitramento judicial do *quantum* indenizatório fundamentado por analogia ao art. 953, parágrafo único, do Código Civil, que estabelece ao magistrado fixar equitativamente o valor da indenização nas ofensas à honra³³. Nesse mesmo sentido se posiciona o STJ³⁴.

³⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm > . Acesso em: 17 abril 2018.

³¹ LACERDA, José Gutemberg Gomes. *Dano Moral sob Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Belo horizonte: Del Rey, 2017, p. 139.

³² ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 231.

³³ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do Dano Moral no Código Civil. In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 179.



Sobre o tema, José Gutemberg Gomes Lacerda³⁵ faz uma ressalva quanto a esse arbitramento equitativo ao entender que ele

não é critério ou parâmetro de fixação do quantum indenizatório, mas apenas o mecanismo ou forma como o valor é fixado. O arbitramento não autoriza o juiz a decidir livremente, pois, além de ser razoável, a decisão precisa ser devidamente fundamentada. A quantificação do dano precisa ser baseada em critérios sindicáveis, capazes de demonstrar o raciocínio que produziu a decisão e, deste modo, viabilizar eventual irresignação pela via recursal

Dentre os critérios para o arbitramento por equidade da indenização aos direitos da personalidade no âmbito coletivo, há como fatores-base a extensão do grupo sobre o qual o dano e suas consequências se projetam, devendo a indenização ser alterada proporcionalmente em razão da maior ou da menor dispersão da titularidade dos interesses postos em causa³⁶, isto é, será relevante ao valor final a ser arbitrado o fato de o dano recair sobre uma comunidade mais ou menos delimitada se confrontado com outros que se projetam sobre um número indeterminado e inestimável de pessoas, dando extensão mais ampla ao prejuízo e, por isso também, à indenização correspondente.

Da mesma forma, será relevante o fato de o interesse coletivo atingido pelo dano moral estar mais ou menos relacionado à concretização do princípio constitucional de proteção à dignidade humana.

Logo, é possível constatar a dificuldade que se apresenta ao magistrado na fixação desse valor, por isso a doutrina brasileira defende a aplicação de diversas ponderações de natureza econômica para definir o montante do dano³⁷. Também não há prejuízo em valorar a irreparabilidade em si da lesão a qualquer interesse coletivo.

Da análise do arbitramento dos prejuízos indenizáveis é possível observar a incidência de ambas as funções, compensatória e punitiva, devido a uma necessidade de se atribuir à soma devida aos prejuízos causados ao indivíduo ou à coletividade um elemento gerador de prevenção, buscando evitar sua ocorrência.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp nº 1152541/RS (2009/0157076-0). Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088429&num_registro=200901570760&data=20110921&formato=PDF. Acesso em: 4 set. 2018.

³⁵ LACERDA, José Gutemberg Gomes. *Dano Moral sob Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Belo horizonte: Del Rey, 2017, p. 160

³⁶ TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano Moral Coletivo*. A configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014, p. 230.

³⁷ LEITE, José Rubens Morato. *Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no direito brasileiro*. In: MILARÉ, Edis (Org.). *Ação Civil Pública*. Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 488-489.

3. DOS REFLEXOS DA APLICAÇÃO DOS DANOS MORAIS COLETIVOS NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Dentro desse contexto de violações em massa, é possível visualizar com ainda mais clareza as lesões sistêmicas aos direitos do consumidor. Os consumidores passaram a ser considerados números dentro de um quadro estatístico de que cuida da inadimplência e das rupturas³⁸, e a dificuldade em solucionar os contratempos originados na relação de consumo junto aos fornecedores, faz com que os danos morais alcancem um papel de destaque na atual prática forense.

Ademais, as demandas indenizatórias de natureza extrapatrimonial correspondem a uma parcela significativa dos conflitos que chegam ao Poder Judiciário e não há qualquer perspectiva de que o número de demandas seja alterado no futuro.

Em que pese o volume de conflitos judicializados, constata-se uma indiferença inquietante do Judiciário às pretensões legítimas do consumidor a partir de expressões comumente utilizadas nas decisões como “mero aborrecimento”, “enriquecimento sem causa”, etc.

Todavia, essa resposta do Poder Judiciário às demandas, não só estimula a recorrência da conduta ilícita como também abala gradualmente a qualidade dos institutos protetivos ao consumidor reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Dentre eles, destaca-se os modelos de responsabilidade civil previsto pelo CDC, cuja finalidade social e sua instrumentalidade resta desfigurada visto que a entrega da prestação jurisdicional em patamares indenizatórios aviltantes, ou até com a rejeição de tais pretensões sob a ótica equivocada de mero dissabor, o que acarreta a transferência do risco da atividade econômica para o consumidor.

Portanto, diante dessa conjuntura, de reparações em valores baixos ou de rejeição do pleito indenizatório, a perpetuação da alta litigiosidade pode ser explicada como um reflexo de um número ainda maior de violações de direitos não patrimoniais³⁹.

³⁸ NUNES, Rizzato. *O consumidor tratado como produto e que pode ser desprezado*. Disponível em: <<
[https://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI154634,71043-](https://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI154634,71043-O+consumidor+tratado+como+produto+e+que+pode+ser+desprezado)

O+consumidor+tratado+como+produto+e+que+pode+ser+desprezado >> Acesso em: 18 set 2018.

³⁹ PÜSCHEL, Flávia Portella. O problema da “indústria dos danos morais”: senso comum e política legislative. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 398.



Ademais, o “mero aborrecimento” reconhece a prática de um ato ilícito que afetou a situação jurídica extrapatrimonial do indivíduo, mas nega que essa interferência seja suficiente para incidir dano moral, por ser uma lesão de pequeno valor.

Essa depreciação valorativa tem dentre um de seus fatores a completa subutilização da jurisdição civil coletiva pelos legitimados extraordinários e a má gestão do Poder Judiciário tradicional no reconhecimento dos interesses transindividuais, que as julga a partir dos mesmos parâmetros interpretativos do obsoleto individualismo jurídico.

Isso porque o legislador atento a supracitada massificação das relações de consumo e a grande litigiosidade decorrentes dessas relações jurídicas, identificou que o lesado não é apenas o indivíduo, mas igualmente a coletividade de consumidores, portanto, disciplinou no Código de Defesa do Consumidor mecanismos necessários à reparação das lesões coletivas: ao prever, no art. 2, caput⁴⁰, a coletividade de consumidores é sujeito de direitos; a sua forma de representação em juízo no art. 82⁴¹; quais são os interesses da coletividade no art. 81⁴²; e a existência do direito material à reparação do dano moral coletivo.

Portanto, ao operador de direito é colocada a disposição uma única ação coletiva que poderá impor ao fornecedor contumaz que faz uso de práticas abusivas a reparação equivalente à estimativa do montante dos danos individuais, ainda que não haja iniciativa pessoal dos consumidores.

Da mesma forma, a Lei também prevê a possibilidade de execução coletiva⁴³. O art. 13 da Lei de Ação Civil Pública⁴⁴ e o art. 99 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁵ partem da

⁴⁰ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. BRASIL. Op. Cit., nota 17.

⁴¹ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. Ibid.

⁴² Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Ibid.

⁴³ PASQUALOTTO, Adalberto. *Dignidade do consumidor e dano moral*. Revista de Direito do Consumidor: RDC, São Paulo, v. 26, n. 110, mar./abr. 2017, p. 113.

⁴⁴ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. § 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. BRASIL. *Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L7347orig.htm> Acesso em: 14 set. 2018.

⁴⁵ Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão



premissa de que condenações coletivas de cunho pecuniário serão destinadas à fundos públicos, cujos recursos serão utilizados em prol da coletividade. Em seguida, o art. 100 do CDC⁴⁶ prevê a mesma destinação para as condenações que versam sobre direitos individuais coletivos homogêneos quando não executados individualmente pelos titulares.

À luz desses artigos entende-se que a condenação em danos morais coletivos, se materializada em uma obrigação pecuniária, terá como destino um fundo, afastando a tese do enriquecimento sem causa da vítima lesada, pois aquele que foi lesado individualmente poderá executar a sua reparação individual em liquidação e execução da sentença na forma do art. 97 do CDC⁴⁷ e seguintes.

Todavia, ressalta-se que a leitura correta do art. 97 e 98 do CDC para a execução promovida pelos legitimados coletivos é a de que se a reparação individual for possível pela via da execução coletiva, não há óbice para que ela seja feita, não sendo necessário aguardar eventuais execuções individuais. Logo, é possível promovê-la diretamente de forma a efetivar o princípio da economia processual e evitar, conseqüentemente, que inúmeros processos executórios sejam ajuizados quando apenas um seria suficiente.

Igualmente, resta afastada a hipótese *bis in idem* com a execução coletiva e eventual liquidação individual da sentença coletiva posto que temos uma lesão individual e coletiva oriundas de uma mesma conduta e quando a prática de um ato provoca danos à várias pessoas, tem-se diversos ilícitos.

Outrossim, a destinação dos recursos dos fundos tem por fim um benefício social, seja pela adoção de providências reparatórias fluidas⁴⁸ que beneficiam a sociedade indiretamente, seja pela criação de fundos vinculados a cada processo, em que a destinação é estabelecida pelo magistrado e pelo Ministério Público com a participação da sociedade.

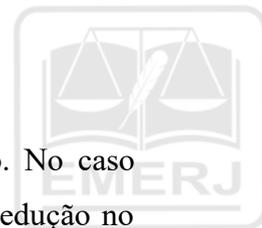
Como forma de execução coletiva cuja finalidade é evitar execuções individuais e trazer um benefício mesmo que indireto à coletividade lesada temos como precedente

preferência no pagamento. Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, ficará suspensa enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas. BRASIL. Op. Cit., nota 17.

⁴⁶ Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Ibid.

⁴⁷ Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82. Ibid.

⁴⁸ MULHERON, Rachel. *The modern cy-près doctrine*. London: Routledge-Cavendish, 2006, p. 150.



paradigma⁴⁹, o caso da cobrança indevida de tarifas de táxi em São Francisco. No caso concreto, o juiz determinou que a reparação do dano se desse por meio de uma redução no valor da cobrança pelo serviço por um determinado período de forma a beneficiar os consumidores do serviço que foram potencial e efetivamente lesados com o ato ilícito, haja vista a dificuldade de identifica-los.

Quanto à vinculação de fundo ao fato que lhe deu origem, um exemplo é o acordo entre o Ministério Público do Trabalho e uma empresa privada que prejudicou diversos trabalhadores com uma contaminação ambiental em Paulínia/SP⁵⁰. A empresa foi responsabilizada e concordou com a criação de um fundo para tratamento médico de doenças relacionadas àquela contaminação.

Sobre o tema, Xisto Tiago de Medeiros Neto⁵¹ afirma que

na hipótese da reparação do dano moral coletivo ou difuso, o direcionamento da parcela pecuniária ao Fundo é de importância indiscutível, por apresentar-se a lesão, em essência, ainda mais fluida e dispersa no âmbito da coletividade. Além disso, tenha-se em conta que a reparação em dinheiro não visa a reconstituir um bem material passível de quantificação e sim a oferecer compensação diante da lesão a bens de natureza imaterial sem equivalência econômica, e sancionamento exemplar ao ofensor, rendendo-se ensejo para se conferir destinação de proveito coletivo ao dinheiro recolhido.

Logo, essa previsão demonstra claramente o caráter preventivo-pedagógico do dano moral coletivo, pois a sua fixação visa o empoderamento dos cidadãos brasileiros, consumidores, a partir de iniciativas educacionais, informativas e modernizadoras com a verba do referido Fundo.

Pelo exposto, é possível extrair como reflexos da técnica processual coletiva a molecularização dos conflitos; a economia processual; redução de custos; a uniformização das decisões; e, a ampliação do acesso à justiça.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a subutilização de instrumentos jurídicos presentes no ordenamento jurídico atual para tutela de direitos

⁴⁹ ALEXANDER, Janet Cooper. *An introduction to classe action procedure in the United States: remarks ar debates over group litigation in comparative perspective*. Disponível em: <<www.law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>> Acesso em: 17 set 2018

⁵⁰ JUSBRASIL. Caso MPT x Shell Basf. Disponível em: <<<https://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/100493300/caso-mpt-x-shell-basf-acordo-historico-encerra-maior-acao-da-justica-do-trabalho>>> Acesso em: 17 set 2018

⁵¹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo: LTr, 2004, p. 177.



constantemente violados. O conflito materializa-se pelas violações sistêmicas aos direitos dos consumidores e a não aplicação do instituto do dano moral coletivo no seu aspecto punitivo-pedagógico e preventivo como instrumento de tutela efetiva dos direitos da coletividade.

De um lado, a tutela tradicional dos direitos individuais que entende que cada indivíduo deve acessar à justiça para buscar a reparação do seu direito lesionado; de outro a tutela coletiva dos direitos que busca uma indenização pelos danos sofridos pela coletividade com a prática do ilícito.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a tutela individual deve conviver com a tutela coletiva dos direitos.

Na prática, a depender do caso concreto deve-se analisar qual é o instrumento capaz de fornecer a resposta mais adequada diante da conduta ilícita praticada de forma a evitar a sua repetição por aquele que praticou o ato lesivo e potenciais praticantes.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que se não for alterada a prática forense atual as violações aos direitos do consumidor continuarão a crescer e a sobrecarregar o judiciário, pois a resposta permanecerá insatisfatória. Em outras palavras, não há como mudar o panorama atual sem uma mudança dos instrumentos jurídicos empregados e uma releitura da aplicação do direito positivado.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, a de verificar que a omissão legislativa quanto ao método de quantificação do dano não é empecilho ao magistrado, uma vez que esse pode extrair do ordenamento parâmetros para avaliar a conduta praticada e dano causado com aquele ato para fundamentar sua decisão.

Ademais, diante dos argumentos jurídicos bem fundamentados, sustentados não apenas em fontes positivadas, mas em fundamentos jurídicos presentes nas mais diversas fontes do ordenamento jurídico, especialmente os princípios, é possível verificar a necessidade de aplicação da função punitiva-pedagógica e preventiva dos danos morais que visam reparar interesses coletivos.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que a coletividade é tanto vítima como o indivíduo nas violações aos direitos consumeristas e ao fazer uso dos instrumentos de tutela coletiva concretiza-se princípios como da dignidade humana, dimensão coletiva e economia processual.

A aplicação completa das funções da reparação de danos deve ser valorizada não apenas na Academia, ou como matéria doutrina, mas deve ser reconhecida e empregada nos diversos Tribunais que compõem o Poder Judiciário a fim de consagrar uma resposta efetiva e



eficaz à sociedade e aos indivíduos que dela fazem parte. O magistrado deve saber conciliar os direitos e deveres das partes de forma a elaborar uma decisão, devidamente fundamentada e que gerem pacificação do conflito.

Assim, esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a aplicação dos danos morais coletivos diante das violações sistêmicas aos direitos do consumidor não pode continuar a ser subutilizada, sob pena de agravar substancialmente os conflitos dentro da sociedade de consumo. Bem como, na aplicação do dano moral coletivo a indenização deve observar todas as suas funções, em especial a função punitiva-preventiva.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que não há outro caminho para impedir as violações sistêmicas aos direitos do consumidor senão sob argumentos fundados nos valores e direitos coletivos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Janet Cooper. *An introduction to classe action procedure in the United States: remarks ar debates over group litigation in comparative perspective*. Disponível em: << www.law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf >> Acesso em: 17 set 2018

BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (Indenização Punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça* (tradução de Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. *Formações cit.*, p. 130, Barbosa Moreira. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. In, *Revista de Processo*, n. 61, janeiro a março de 1991.

_____. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford, New York: Clarendon Press, 1989. “*Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil*”. (tradução por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos), in *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, jan-mar/1977.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAUI, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano Moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial*. São Paulo: LTR, 2009.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: ed. Atlas, 2010.



LACERDA, José Gutemberg Gomes. *Dano Moral sob Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Belo horizonte: Del Rey, 2017.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no direito brasileiro*. In: MILARÉ, Edis (Org.). *Ação Civil Pública*. Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MEDEIRO NETO, Xisto Tiago. *Dano Moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. *Direito, Estado e Sociedade*. v. 9. n. 29. julho/dezembro, 2006.

MULHERON, Rachel. *The modern cy-près doctrine*. London: Routledge-Cavendish, 2006.

NUNES, Rizzatto. *O consumidor tratado como produto e que pode ser desprezado*. Migalhas. Disponível em: << <https://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI154634,71043-O+consumidor+tratado+como+produto+e+que+pode+ser+desprezado> >> Acesso em: 18 set 2018.

PASQUALOTTO, Adalberto. Dignidade do consumidor e dano moral. *Revista de Direito do Consumidor*: RDC, São Paulo, v. 26, n. 110, mar./abr. 2017.

PÜSCHEL, Flávia Portella. O problema da “indústria dos danos morais”: senso comum e política legislative. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Viviane Siqueira. *O Processo Coletivo para a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos*. São Paulo, 2012, p. 38.

ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

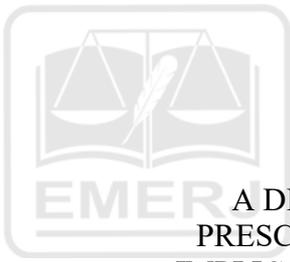
SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do Dano Moral no Código Civil. In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano Moral Coletivo. A configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.



ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos*.
Revista de processo. v. 20, n. 78. 1995.
_____. *Processo Coletivo*. 3. ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2008.



A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA NO PROCESSO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES COM A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Lucas Aparício Rabelo

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado

Resumo – A prescrição da pretensão executória é um instituto do Direito Penal fundamental para resguardar o réu de arbitrariedades do Estado, dentre as quais a morosidade na execução da pena. Tal instituto sofreu modificações ao longo da história, que devem ser analisadas em conjunto com a construção jurisprudencial da execução provisória da pena, possibilitando uma compreensão aprofundada das razões da alteração legislativa. O trabalho se propõe a fazer essa interpretação histórica dos institutos, apresentando a profunda divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça acerca do termo inicial da prescrição da pretensão executória. Ao final, posiciona-se acerca do melhor entendimento, apresentando críticas ao posicionamento contrário.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Extinção da punibilidade. Prescrição. Termo inicial da prescrição da pretensão executória. Divergência jurisprudencial. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça. Execução provisória da pena.

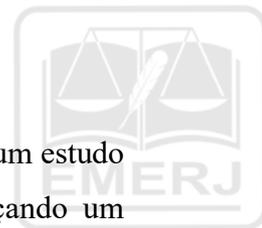
Sumário – Introdução. 1. A evolução histórica e legislativa da prescrição da pretensão executória 2. A execução provisória da pena e o termo inicial da prescrição da pretensão executória. 3. A divergência jurisprudencial e o perigo do ativismo judicial em questões envolvendo o direito penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a divergência jurisprudencial instalada nas Cortes Superiores acerca do termo inicial da prescrição da pretensão executória, no âmbito do processo penal, além de relacioná-la com a possibilidade de execução provisória da pena.

A previsão legal da prescrição da pretensão executória está no artigo 110 do Código Penal, mas a grande discussão reside no artigo 112, I, do Código Penal, que trata do início da fluência do prazo prescricional após sentença condenatória irrecorrível.

Para tanto, faz-se necessário promover a análise histórica do artigo 112, I, do Código Penal, que teve sua redação alterada pela Lei nº 7.209/84. O dispositivo, que antes determinava que o termo inicial da prescrição da pretensão executória se iniciava a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, passou a dispor que o referido termo se inicia a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação.



É nesse sentido que se inicia o primeiro capítulo do presente artigo, fazendo um estudo acerca das razões da mudança legislativa sob o contexto histórico vivido e traçando um paralelo com o atual contexto histórico, em especial com o grande debate sobre a execução provisória da pena.

Já o segundo capítulo irá abordar o atual cenário em que se encontra o instituto da prescrição da pretensão executória. No que pese a sua redação clara, há grande divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da interpretação do artigo 112, I, do Código Penal. Se por um lado o Superior Tribunal de Justiça adota uma interpretação literal do dispositivo, fixando como termo inicial o trânsito em julgado para a acusação, temos do outro lado o novo posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que no RE nº 696.533/SC decidiu que a prescrição só começa a fluir quando a pretensão executória pode ser exercida.

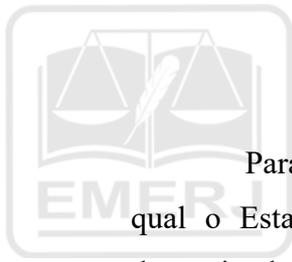
A solução do empasse jurisprudencial e doutrinário deve vir da soma entre a interpretação histórica do dispositivo em comento e a aplicação de princípios basilares do direito constitucional penal, como o princípio da reserva legal e não-culpabilidade.

Por fim, o terceiro capítulo irá se destinar à análise pormenorizada da influência que a execução provisória da pena pode exercer sobre a prescrição da pretensão executória caso seja adotado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e suas consequências para o acusado.

A pesquisa será desenvolvida com base no método dedutivo, com procedimento de análise bibliográfica, além de eleger como fonte de pesquisa fontes formais e todo acervo jurídico doutrinário ligado ao assunto, consubstanciado em livros, comentários legislativos e artigos encontrados em periódicos jurídicos e na internet, bem como tomou-se como base divergência profunda encontrada em jurisprudência das Cortes Superiores.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

O instituto da prescrição é de fundamental importância no ordenamento jurídico penal brasileiro, visto que por meio dele é possível salvaguardar o acusado de abusividades perpetradas pelo Estado, dentre as quais a morosidade na execução da pena imposta na sentença.



Para Rogério Greco, “a prescrição nada mais é que o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido a capacidade de fazer valer seu direito de punir em determinado tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”¹.

O estudo da prescrição, no âmbito do Direito Penal, comporta classificação, dividindo o instituto em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, sendo essa última objeto do análise da presente obra.

A prescrição da pretensão executória encontra fundamento legal no artigo 110 do Código Penal², pelo qual se entende que a prescrição, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena aplicada. Por sua vez, o artigo 112, I, do Código Penal³ dispõe que o termo inicial da prescrição da pretensão executória é o dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação.

E é sobre esse último artigo que paira uma profunda divergência jurisprudencial nas Cortes Superiores. Em que pese a redação literal do artigo, existem duas grandes correntes interpretativas acerca do dispositivo, e tal controvérsia guarda íntima relação com a possibilidade de execução provisória da pena.

Entretanto, antes de iniciar a análise da questão do embate jurisprudencial, é necessário entender a origem da controvérsia, com base no contexto histórico da época em que o Código Penal foi elaborado e com enfoque na redação original do artigo 112, I, traçando um paralelo com o contexto histórico atual e a nova redação do referido artigo, conferindo assim maior relevância ao tema.

O artigo 112, I, do Código Penal, em sua redação original⁴, previa que a prescrição começava a correr do dia em que passava em julgado a sentença penal condenatória, sem qualquer ressalva. O dispositivo fazia, inclusive, menção expressa à sentença condenatória irrecorrível, o que demonstra que o legislador originário do Código Penal entendia que tão somente com esta é que se iniciava a contagem do prazo da prescrição executória.

Nesse cenário, a interposição de recursos, tanto pelo Ministério Público, quanto pelo acusado, não interferiria na aplicação da pena imposta, visto que a prescrição não correria enquanto houvesse recurso pendente de julgamento.

¹ GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 435.

² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

³ Ibid.

⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 abr. 2018.



Destarte, o manejo de recursos com a finalidade de prostrar o julgamento definitivo tinha como único objetivo postergar eventual imposição de pena privativa de liberdade e o respectivo encarceramento, visto que o instituto da prescrição não socorreria o acusado, já que a fluência do prazo se dava tão somente com a sentença condenatória irrecorrível.

Não há de se olvidar que esse panorama era demasiadamente prejudicial ao réu, já que os demorosos julgamentos dos recursos manejados, frutos de um Judiciário sobrecarregado e moroso, não o beneficiavam. Assim, o Ministério Público poderia apenas esperar o momento oportuno para execução da pena, por mais postergado que esse momento fosse, e o réu haveria apenas de torcer para que seu recurso fosse provido antes da execução provisória da pena.

Tal contexto jurídico não pode ser dissociado da influência política que se vivia à época. Por meio de uma interpretação histórica, é possível denotar que o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940 (Código Penal)⁵ foi concebido em meio ao Estado Novo, ditadura presidencialista liderada por Getúlio Vargas.

Apesar de o Estado Novo ter apresentado diversos avanços nos direitos individuais dos cidadãos, é certo que também foi fortemente influenciado por ideais nazifascistas, especialmente pelo governo de Mussolini, na Itália. Não é a toa que a Constituição de 1937⁶ foi conhecida como “a Polaca”, em razão da influência da Constituição da Polônia, que por sua vez recebeu ingerência direta do supracitado governante.

Diante dessa conjuntura, nasceu um Código Penal fortemente influenciado por uma política punitivista, o que explica a redação original do art. 112, I⁷, cuja preocupação maior era a punição do réu, sem se preocupar com o decurso temporal para concretizar tal objetivo.

Com o advento da Lei nº 7.209 de 1984⁸, o referido dispositivo recebeu nova redação, passando a prever o trânsito em julgado para a acusação como termo inicial da prescrição da pretensão executória, apesar de continuar exigindo a existência de sentença penal condenatória irrecorrível para que essa se configure.

Dessa forma, com a Reforma Penal de 1984, passou-se a entender que após sentença condenatória irrecorrível, seria necessário fazer uma análise retroativa, aferindo se entre o

⁵ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁶ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

⁷ Câmara dos Deputados, op. cit nota 4.

⁸ BRASIL. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 27 set. 2018



trânsito em julgado para a acusação e a execução da pena imposta na sentença teria ocorrido a prescrição da pretensão executória, extinguindo a punibilidade do condenado em razão da inércia do Estado em impor a pena concretizada em sentença judicial.

A mudança legislativa encontra elucidação no quadro histórico, visto que foi realizada durante o período da Redemocratização, que viria a acabar com a Ditadura Militar no ano posterior. Assim sendo, é possível encontrar forte influência garantista na predita Reforma Penal, buscando suprimir as arbitrariedades que caracterizavam o Direito Penal e privilegiando a liberdade do cidadão.

Nessa perspectiva, o réu passou a ser resguardado pela prescrição da pretensão executória, podendo alegá-la sempre que o Estado fosse incapaz de proferir julgamento definitivo no tempo previamente fixado pela lei.

Paralelamente à mudança legislativa acerca da prescrição da pretensão executória, é fundamental destacar que o Supremo Tribunal Federal possuía uma jurisprudência tradicional, mesmo antes da Reforma Penal de 1984, admitindo a execução provisória da pena após julgamento de recurso em 2ª instância. Nesse sentido, nos ensina Eugênio Pacelli e Andre Callegari⁹:

É que ao tempo do Código Penal – e mesmo após, com a Reforma de 1984 (Lei 7.209) -, a execução da sentença condenatória ocorria já no segundo grau, ou seja, já com a apreciação do recurso interposto contra a sentença de primeiro grau. Ou seja, já na segunda instância tinha início a execução da pena e, em consequência, tinha também início a contagem do prazo da prescrição da pretensão *executória*.

Tal jurisprudência se coaduna com um ideal fortemente punitivista que permeou o Direito Penal por diversos anos, privilegiando a retributividade em detrimento dos ideais de ressocialização e resguardo aos direitos fundamentais do acusado.

Mesmo com o advento da Constituição da República de 1988¹⁰, conhecida como “Constituição Cidadã”, e a introdução dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, o Supremo Tribunal Federal manteve sua jurisprudência, que até hoje persiste, permitindo a

⁹ CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 445.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 set. 2018



execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, indo de encontro à presunção de inocência, instituída no artigo 5º, LVII, CRFB/88¹¹.

Como se verá no Capítulo seguinte, tal posicionamento jurídico, apesar de ser predominante na jurisprudência hoje, vem sendo fortemente criticado pela doutrina. Além disso, a adoção de uma ou outra corrente terá repercussão na análise da prescrição da pretensão executória, razão pela qual se faz fundamental analisar a grande controvérsia jurisprudencial que envolve a execução provisória da pena e a prescrição da pretensão executória.

2. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Conforme pontuado em capítulo anterior, a prescrição da pretensão executória tem base legal no artigo 112, I, do Código Penal¹², que teve sua redação alterada pela Reforma Penal de 1984, tornando o termo inicial da prescrição da pretensão executória o trânsito em julgado para acusação, que somente será observado após a sentença penal condenatória se tornar irrecorrível.

Paralelamente, há a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que permite a execução provisória da pena após acórdão condenatório e o exaurimento dos recursos em 2ª instância.

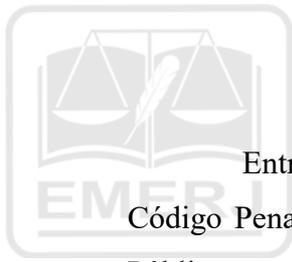
Contudo, há de se observar que tal jurisprudência nem sempre se manteve na Suprema Corte. Em 05 fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência, vedando a execução provisória da pena enquanto não houvesse trânsito em julgado da decisão para acusação e para defesa, conforme HC nº 84.078/MG¹³.

É fundamental fazer breve menção à importância desse julgado, responsável por compatibilizar a jurisprudência das Cortes Superiores com o texto constitucional, dando prevalência ao postulado da presunção de inocência (ou presunção de não-culpabilidade, para alguns), que há muito estava prevista na Carta Maior, mas cuja eficácia era limitada pela jurisprudência punitivista que prevalecia nos Tribunais.

¹¹ Ibid.

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.



Entretanto, por meio de tal posicionamento da Suprema Corte, o artigo 112, I, do Código Penal¹⁴ passou a gerar uma situação prejudicial para a acusação: caso o Ministério Público não recorresse de determinada sentença e houvesse recurso defensivo, o prazo da prescrição da pretensão executória começaria a fluir, mesmo diante da impossibilidade de execução da pena, até que houvesse trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com isso, o Ministério Público estava sujeito à prescrição mesmo que não houvesse inércia de sua parte.

Com isso, parte da doutrina passou a sustentar que a prescrição da pretensão executória tivesse fluência a partir do trânsito em julgado para ambas as partes, e não do trânsito em julgado para a acusação, conferindo uma interpretação diametralmente oposta ao preceito expresso do artigo 112 do Código Penal¹⁵.

A posição sustentada pela doutrina nesse interregno tinha por objetivo evitar que o Estado sofresse os efeitos da prescrição antes mesmo de poder exercer o direito de executar a pena aos condenados. Entretanto, encontra óbice na própria redação legal, já que não há como dispor de interpretação diversa à prevista no próprio artigo, que é claro e objetivo no que tange ao termo *a quo* de fluência do prazo prescricional.

Hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal voltou a admitir a execução provisória da pena após esgotamento dos recursos interpostos em 2ª instância (conforme HC nº 126.292/SP¹⁶, de 17 de fevereiro de 2016), razão pela qual entendo que o artigo 112, I, do Código Penal¹⁷ voltou a desempenhar a função idealizada pelo legislador de 1984.

Em razão do dissenso de parte da doutrina com o cenário gerado pela alteração jurisprudencial, caberia fazer uma interpretação histórica do supracitado artigo, conforme já apontado em linhas ao norte.

O cenário antes da Reforma Penal de 1984 era desfavorável ao réu, uma vez que era possível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas o texto legal previa que o termo inicial da prescrição após sentença condenatória irrecorrível era do dia em que ela passava em julgado. Em outras palavras, pela interpretação da jurisprudência com a dicção legal, era possível executar provisoriamente a

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 12.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12369525>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 15.



pena sem dar início ao prazo da prescrição da pretensão executória, visto que não havia ainda trânsito em julgado.

Com a nova redação conferida ao aludido artigo pela Lei nº 7.209/84¹⁸, conferiu-se maior proteção ao réu, visto que a partir de então a prescrição da pretensão executória começava a fluir do trânsito em julgado para a acusação, ou seja, em momento anterior à execução provisória da pena, podendo, na pior das hipóteses, coincidir com o dia da execução da sentença penal condenatória. Dessa forma, concretizou-se o objetivo do legislador com a reforma do aludido artigo.

Em que pese a jurisprudência atual esteja consolidada, há forte pressão dentro do próprio Supremo Tribunal Federal para que se abandone a execução provisória da pena, e apenas se permita o encarceramento dos acusados após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Confirmando a assertiva acima, há fortes pressões políticas exercidas sobre o STF para o julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43¹⁹ e 44²⁰, que buscam modificar o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, buscando reafirmar o artigo 5º, LVII da CRFB/88 e artigo 283 do Código de Processo Penal²¹.

São vários os argumentos para que haja a mudança jurisprudencial. Alguns, de ordem política, em razão das condenações impostas à grandes políticos; outros dizem respeito ao grande contingente carcerário brasileiro, incapaz de ressocializar os detentos; por fim, analisa-se a própria Constituição, que em seu artigo 5º, LVII²², veda a execução provisória da pena.

No entanto, caso de fato haja a reversão jurisprudencial do tema, a vedação da execução provisória da pena faria com que o artigo 112, I, do Código Penal²³ perdesse sua função histórica, recebendo do aplicador do Direito interpretação atemporal, fora do contexto original em que foi concebida.

Nesse sentido, são as palavras de Eugênio Pacelli e Andre Callegari²⁴:

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 29 set. 2018.

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 29 set. 2018.

²¹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

²² BRASIL, op. cit., nota 11.

²³ BRASIL, op. cit., nota 17.

²⁴ CALLEGARI; PACELLI, op. cit., p.445.



Hoje, porém, não se admite a execução provisória da condenação, exigindo-se o trânsito em definitivo. Assim, o art. 112, I, primeira parte, não pode ter mais eficácia alguma, porquanto, na pendência de recurso da defesa, não se poderá executar provisoriamente a condenação.

Há de se destacar que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal acolheu essa tese doutrinária, não obstante permitir da execução provisória da pena, não fazendo, contudo, a interpretação histórica do dispositivo, se limitando a uma interpretação sistemática sob a ótica da execução da pena por parte do Estado e o princípio da razoabilidade.

Sendo assim, a fluência do termo inicial da prescrição da pretensão executória se daria a partir do momento em que a pretensão executória pudesse ser exercida pelo Estado, seja pelo trânsito em julgado da sentença penal condenatória para ambas as partes (ignorando o artigo próprio), seja pela execução provisória da pena.

Não obstante a contemporânea jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a única certeza é que nada está definido. O cenário político-social vivido nos últimos anos tem causado profundas alterações jurisprudenciais, sendo certo que o tema da execução provisória da pena, que possui fortes reflexos no termo inicial da prescrição da pretensão executória, ainda está em aberto

3. A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E O PERIGO DO ATIVISMO JUDICIAL EM QUESTÕES ENVOLVENDO O DIREITO PENAL

Conforme abordado no capítulo anterior, a nova redação do artigo 112, I, do Código Penal²⁵, representou uma preocupação do legislador com a situação do réu, visto que o panorama anterior permitia que o acusado começasse a cumprir pena provisoriamente, sem que sequer houvesse a fluência do prazo da prescrição da pretensão executória, visto que para isso exigia-se sentença condenatória irrecurável.

O legislador compatibilizou as garantias próprias do réu no processo penal com a possibilidade de se executar provisoriamente a pena. Esse cenário persiste até os dias de hoje, em que pese a profunda instabilidade jurisprudencial acerca do tema.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 22.



Contudo, a jurisprudência criou um grande celeuma acerca do termo inicial da prescrição da pretensão executória no âmbito do Direito Penal, cujos reflexos atingem um dos bens jurídicos mais caros do ser humano: a liberdade.

A interpretação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça preza pela estrita legalidade, realizando uma interpretação filológica do dispositivo, não abrindo exceções a uma norma que é cristalina e, portanto, não pode ser flexibilizada. Apesar disso, é possível vislumbrar, em última análise, uma verdadeira interpretação histórica, visto que aplicá-la em sua literalidade é respeitar os fundamentos que deram origem a sua redação e, como dito acima, ainda persistem.

Não se pode ignorar que a aplicação da questionada norma em sua literalidade cria uma situação desfavorável para a acusação e, em última análise, para o próprio Estado, visto que é o sujeito passivo permanente de todos os crimes praticados. Não são poucas as situações em que são manejados diversos recursos protelatórios para buscar a ocorrência da prescrição da pretensão executória, visto que essa se conta do trânsito em julgado para a acusação até o acórdão condenatório irrecorrível.

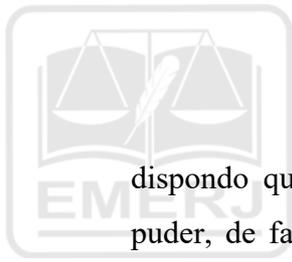
Nesse paradigma, os réus logram êxito em extinguir a punibilidade de seus crimes por meio de subterfúgios legais, em razão de brechas na legislação que permitem a interposição de recursos de cunho nitidamente protelatórios e o sobrecarregamento do Judiciário, que não consegue processar e julgar um acervo infindável de ações e recursos.

A aplicação do sobredito artigo é responsável pelo descrédito que o Poder Judiciário vem sofrendo nos últimos anos. A necessidade de aplicação da prescrição da pretensão executória, especialmente em razão da própria morosidade do Judiciário, cria no jurisdicionado a sensação de impunidade e anarquia, visto que até os crimes mais deploráveis deixam de ser aplicados em razão da prescrição.

Ciente de toda essa situação, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 696533/SC²⁶, da Relatoria do Min. Luiz Fux, decidiu que o termo inicial da prescrição da pretensão executória se daria com a possibilidade do exercício da pretensão executória, ou seja, pela execução provisória da pena ou pelo trânsito em julgado para a acusação e para a defesa.

É fundamental ressaltar que o referido julgado não possui lastro legal algum. Trata-se, em verdade, de decisão fundada em interpretação sistemática do ordenamento jurídico,

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE nº 696.533/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14438926>>. Acesso em: 15 out. 2018.



dispondo que a prescrição da pretensão executória não pode fluir enquanto o Estado não puder, de fato, executar a pena imposta na sentença. Veda-se, portanto, que o Estado seja prejudicado pela prescrição em hipóteses em que não atuou com desídia.

A referida decisão é uma verdadeira resposta à sociedade, que clama por uma reação Estatal mais dura aos delitos cometidos, restringindo a possibilidade de ocorrência da prescrição em razão de recursos protelatórios e da própria inércia do Poder Judiciário. Dessarte, somente poderia fluir o prazo da prescrição executória após o trânsito em julgado da decisão condenatória para ambas as partes (nos moldes da redação antiga do art. 112, I, do CP) ou a partir da decretação da execução provisória da pena cominada.

Nesses termos, é possível vislumbrar uma redução drástica no número de recursos interpostos, tendo em vista que os protelatórios de nada servirão à defesa, já que foram tornados inúteis pela nova orientação do Supremo Tribunal Federal. Além disso, busca-se diminuir o descrédito do Judiciário, que não irá arcar com dezenas de manchetes semanais apontando a prescrição de crimes que muitas vezes chocam a sociedade.

Contudo, fica o seguinte questionamento: poderia o Supremo Tribunal Federal afastar o conteúdo de norma expressa para aplicar entendimento contrário?

Inicialmente, há de se observar que o ativismo judicial que vem sendo adotado pelo Pretório Excelso encontra barreira no princípio da Separação dos Poderes, adotado expressamente no artigo 2º da Constituição Federal²⁷. Dessa forma, se o Legislativo, Poder com a atribuição constitucional para elaborar leis, dispôs que o termo inicial da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para a acusação, como a Corte Constitucional Brasileira, guardiã da efetividade da Carta Maior, pode dispor diversamente?

O Supremo Tribunal Federal utilizou de argumentos metajurídicos e de interpretações sistemáticas para afastar disposição legal vigente, extrapolando a sua função constitucional com o objetivo de atender demandas sociais e midiáticas, algo que não é próprio de uma Corte Constitucional.

Como bem se sabe, a função do juiz é se manter alheio às pressões sociais e da mídia, buscando aplicar o Direito posto ao caso concreto de forma a concretizar a Justiça, buscando se manter imparcial para não comprometer o exercício da jurisdição. Deve o magistrado se atentar à tecnicidade, observando sempre que possível a jurisprudência, garantindo assim a uniformidade da aplicação do Direito.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 22.



A razão do entendimento acima é clara: produzir segurança jurídica. O objetivo de haver um Judiciário técnico e alheio às paixões sociais é ter um ordenamento jurídico uniforme e seguro. Contudo, o Supremo Tribunal Federal vai de encontro a tal entendimento, produzindo jurisprudência dissonante de texto legal e produzindo grande insegurança jurídica em área sensível do Direito, pois atinente à liberdade do cidadão.

É fácil concluir, portanto, que a resposta produzida pelo Supremo Tribunal Federal representou verdadeiro ativismo judicial, “legislando” de forma contrária à vontade do legislador, algo que não é próprio do Poder Judiciário. Em verdade, a resposta para tais demandas sociais deve vir do Poder Legislativo, visto que é o legitimado para tomar tais decisões.

Por tais razões, acredita-se que o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria é o mais adequado, alinhando-se com a hermenêutica constitucional. Assim, tem-se a aplicação do direito na forma proposta pelo Legislador, que em última análise observa o princípio da legalidade e afasta os efeitos nefastos que o ativismo judicial descontrolado exerce sobre um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa buscou apresentar, de forma sucinta, a evolução legislativa do termo inicial da prescrição da pretensão executória, sem esquecer de apresentar o panorama político-histórico vivenciado à época da produção dos textos legais.

Nesse sentido, foi possível verificar que as mudanças legislativas que alteraram o rigor do direito penal nessa matéria acompanharam os rigores dos regimes políticos vividos à época de suas respectivas edições, demonstrando que o contexto político não se distancia dos aspectos jurídicos.

Realizou-se, portanto, uma interpretação histórica do artigo 112, I, do Código Penal, mediante a qual se extraiu que a atual redação do referido dispositivo foi um avanço garantista, fruto do período da Redemocratização, resguardando o réu da morosidade do Judiciário em aplicar a pena privativa de liberdade. Dessa forma, não seria possível vislumbrar o cenário em que o réu responderia *ad eternum* a um processo penal, cujo fim não seria alcançado em razão da demora no julgamento dos recursos, fosse da acusação, fosse da defesa.



Foi necessário também relacionar a evolução histórica da prescrição da pretensão executória com o entendimento jurisprudencial da possibilidade de execução provisória da pena, que apesar de doutrinariamente inconcebível e alvo de muitas críticas do mundo jurídico, vem sendo aplicado atualmente pelo Supremo Tribunal Federal.

A interrelação entre os institutos da prescrição da pretensão executória e da execução provisória da pena foi alvo de análise pormenorizada, na qual se entendeu que a forma que o Código Penal trata o termo inicial da prescrição executória condiz com a vontade do legislador, que editou a alteração legislativa em razão da possibilidade da execução provisória da pena.

Nesse sentido, possibilitar a execução provisória da pena e exigir que o termo inicial da prescrição da pretensão executória seja o trânsito em julgado para ambas as partes nos remete à situação jurídico-penal vivida antes da Reforma Penal de 1984. Assim sendo, a jurisprudência estaria dando interpretação *contra legem* e em dissonância à própria vontade do legislador, desconsiderando, inclusive, a interpretação histórica do dispositivo penal.

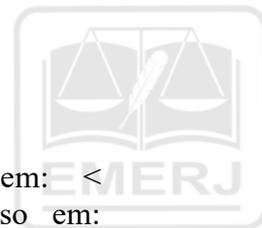
Pelas razões acima expostas, defende-se o respeito ao princípio da legalidade, que recebe maior protagonismo no âmbito do Direito Penal. Além disso, buscou-se tratar da questão do ativismo judicial e o perigo de sua utilização indiscriminada pelo Pretório Excelso, podendo culminar no desrespeito ao princípio da separação de poderes.

Ao final do trabalho, fica evidente o alinhamento ao entendimento exposto pelo Superior Tribunal de Justiça, tecendo duras críticas ao posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, que sequer é pacífico dentro da própria Corte.

É preciso, portanto, respeitar as leis, em especial quando se trata de um Tribunal constitucional, não sendo razoável a adoção de posturas proativas por parte do tribunal judiciário, conferindo interpretação diversa à dispositivo legal vigente. Esse trabalho buscou apresentar a repercussão desse entendimento *contra legem*, com todas as suas implicações, desde o respeito à evolução histórica da legislação até a aplicação de princípios do Direito Penal e limites de atuação da Suprema Corte Brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 18 abr 2018.

_____. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12369525>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. *RE nº 696.533/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14438926>>. Acesso em: 22 out. 2018

CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Câmara dos Deputados. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 abr 2018.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.



ESTATUTO DA METRÓPOLE: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA O FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO

Lucas de Oliveira Hilal

Graduado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo - A partir da Constituição de 1988, iniciou-se um processo de descentralização política e administrativa consistente no Brasil, com notável descentralização para os municípios. Todos os entes federativos possuem as competências para prestar serviços públicos e elaborar e executar políticas sociais. Contudo, tais entes possuem tamanhos, realidades socioeconômicas distintas, mas acima de tudo, demandas que muitas vezes ultrapassam os limites municipais. Diante dessas necessidades supralocais, surge a necessidade de se encontrar mecanismos de associação interfederativa. Busca o presente trabalho apresentar o papel das Regiões Metropolitanas, reguladas pela Lei nº 13.089/15, como instrumento relevante para resolução das dificuldades encontradas pelos entes federados na execução das competências constitucionais.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Federação; Cooperação; Região Metropolitana; Pacto federativo.

Palavras-chave: Introdução. 1. A Obrigatoriedade na Participação na Aglomeração e a Autonomia Municipal. 2. Da representatividade Institucional e Democrática. 3. Da Gestão Interfederativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema das regiões metropolitanas previstas na Constituição Federal, como uma nova perspectiva para o federalismo de cooperação. O objetivo é analisar a eficácia desse instrumento, regulamentado pela Lei nº 13.089/15.

No Brasil, desde o advento da Constituição Federal de 1988, há a previsão da formação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões de municípios limítrofes para o planejamento e execução de funções públicas de interesse comum. Com o julgamento da ADI nº 1842, acerca da matéria, e o advento da Lei nº 13.089/15, o instituto passa a ganhar destaque, na medida em que agrega maior segurança jurídica e parâmetros técnicos para sua implementação.

A ênfase constitucional em conferir autonomia aos municípios, que se traduz em última instância, na sua elevação ao status constitucional de ente federativo, inaugurando um modelo tripartite de federação. Nesse cenário, não apenas União e Estados assumem o papel de prestadores dos serviços públicos, como também os municípios.



Entretanto, a despeito do tratamento igualitário entre as unidades, é de se destacar que na prática, as cidades brasileiras ficam prejudicadas, em especial, pelas imensas disparidades socioeconômicas, que se refletem na capacidade financeira do ente federativo. Diante desse contexto, cada vez mais se mostra necessária a cooperação interfederativa para a elaboração, implementação e gestão de políticas públicas, que em regra, ultrapassam os limites municipais.

É com esse objetivo que surgem as aglomerações. A exigência de mecanismos eficazes de financiamento, participação ativa dos entes, bem como uma análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1842 se mostram fundamentais para entender e implementar o referido instituto.

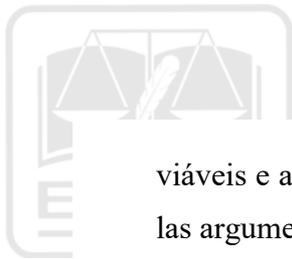
Portanto, no primeiro capítulo, pretende-se compreender como o modelo de aglomerações se compatibiliza com a autonomia municipal, em especial em virtude da participação de cada município na formação das políticas públicas. Ou seja, o que se pretende é analisar se a participação municipal é fator que cerceia suas autonomias constitucionais, ou, ao contrário, é instrumento que efetiva sua autonomia.

No segundo capítulo, pretende-se compreender se o Estatuto da Metrópole previu instrumentos legais que efetivem a participação democrática, no âmbito da administração metropolitana. Partindo da premissa que a metrópole será o centro em que políticas públicas serão elaboradas, bem como que se trata meramente de órgão administrativo, importante verificar se a legislação previu instrumentos de participação ou se a influência do administrado se dará apenas no seu município de origem e, conseqüentemente, se há uma insuficiência legislativa.

O último capítulo busca analisar se a legislação se preocupou em regulamentar as formas de gestão interfederativa, entre os entes participantes, bem como qual seria eventual alternativa formal para a organização da região metropolitana, a fim de conferir a efetiva administração dos entes federativos aglomerados.

O objetivo do trabalho é observar a compatibilidade do instituto com os princípios do direito constitucional e do direito administrativo brasileiro, demonstrar eventuais omissões legislativas presentes no instituto e analisar como a sua forma de organização pode determinar sua eficácia.

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. A OBRIGATORIEDADE DA PARTICIPAÇÃO NA AGLOMERAÇÃO E A AUTONOMIA MUNICIPAL

A Constituição da República de 1988 inaugurou um modelo tripartite de federação, composto por União, Estados e Municípios. Meirelles¹ afirma que os municípios integram a federação como entidade de terceiro grau. Fato é que desde então o protagonismo municipal se destacou. Exemplo disso é que na década seguinte à promulgação da Constituição de 1988 (1989 a 2000)² houve o surgimento de 1181 novas cidades. Já no ano de 2015 existiam 5570, de acordo com o IBGE³.

A autonomia municipal é amparada no tripé político, administrativo e financeiro, como se extrai dos artigos 29 a 31, 156, 158 e 159, da Carta de 1988, destacando-se o poder de elaborar sua Lei Orgânica⁴, equiparável às Constituições Estaduais. Destaca-se o art. 30, I que lhe confere a competência para legislar sobre assunto de interesse local, a competência para instituir e cobrar tributos próprios (art. 156), bem como a obrigatoriedade na participação de receitas estaduais e federais (arts. 158 e 159, §3º). Verifica-se também a autonomia para eleger seu prefeito e vice-prefeito, bem como seus vereadores (art. 29, I).

Acerca dessa elevada autonomia, Meirelles⁵ assevera a evolução histórica da posição municipal na federação. Hoje, não mais se submetem à discricionariedade dos governos estadual ou federal, possuem receitas próprias, formam seu próprio governo, conforme a orientação política local. Possuem, em suma, a autonomia para decidir localmente, sem intervenção externa.

¹ DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Direito municipal brasileiro*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 44

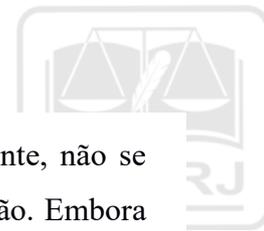
² BRANDT, Cristina Thedim. A criação de municípios após a constituição de 1988 : o impacto sobre a repartição do FPM e a emenda constitucional nº 15 de 1996. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 47, n. 187, p. 59-75, jul./set. 2010.

³ IBGE. *Pesquisa de Informações Básicas Municipais*. Disponível em:

<<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95942.pdf>>. Acesso em: 23 mai. de 2018.

⁴ DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Direito municipal brasileiro*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 44.

⁵ Ibid. p. 44.



A despeito desse movimento municipalista que surge com a Carta vigente, não se observou um processo de descentralização financeira no mesmo grau de acentuação. Embora tenha no campo de sua competência, como já destacado, o poder para instituição e cobrança de seus tributos e receba transferências constitucionalmente previstas do Estado e da União, os municípios brasileiros não ostentam a autonomia econômico-financeira adequada para garantir a oferta dos serviços públicos locais.

Segundo dados da Receita Federal⁶, em 2016, do total das receitas tributárias arrecadadas entre os três níveis de entes da federação, a União foi responsável por arrecadar 68,27% dos tributos, enquanto os Estados somaram 25,40% e os Municípios apenas 6,34%. Soma-se a isso o fato de que do total dos municípios hoje existentes, 68,3% possui menos de 20.000 habitantes⁷. O resultado é a incapacidade municipal de conseguir realizar a oferta dos serviços públicos mais básicos.

A Constituição Federal, no art. 25, §3º, traz a previsão da possibilidade de formação, por parte dos Estados, por meio de lei complementar estadual, de aglomerações urbanas constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. Por sua vez, a Lei nº 13.089/15, complementa a Constituição indicando, dentre outras questões, que a norma estadual deve indicar os municípios que integram a aglomeração, os campos e funções públicas de atuação, o princípio da prevalência do interesse comum sobre o local, o rateio de custos, a necessidade de adequação dos planos diretores municipais aos planos elaborados pelas aglomerações.

O que a Constituição prevê e o Estatuto da Metrópole regulamenta é que compete ao Estado federado a instituição de tais regiões, mediante lei complementar estadual. Não há qualquer previsão de facultatividade aos municípios. Sua participação é obrigatória e não comporta desistência. Uma vez instituída a legislação estadual, compete ao município se adequar, inclusive por alteração do seu plano diretor, sendo essa omissão ato de improbidade administrativa.

⁶RECEITA FEDERAL. *Carga Tributária no Brasil*. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2018.

⁷IBGE. *IBGE divulga as estimativas populacionais dos municípios para 2017*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/16131-ibge-divulga-as-estimativas-populacionais-dos-municipios-para-2017.html>. Acesso em: 23 mai. 2018.



O que se verifica, numa primeira análise, é uma mitigação da autonomia municipal, em favorecimento de uma associação entre os diversos municípios e o Estado, na forma da aglomeração. Assim, portanto, o estabelecimento das regiões previstas no art. 25, §3º da Constituição da República, parece ser uma restrição de autonomia local.

Contudo, essa concepção sumária não merece prosperar. O cenário demonstrado que combina a crescente competência municipal para a execução de serviços públicos, com a escassez de recursos financeiros e a realidade geopolítica dos municípios brasileiros, expõe a necessidade de superação das fronteiras municipais como forma de se atingir as responsabilidades a eles atribuídas.

A aglomeração, como área de serviços unificados, é uma alternativa para permitir a solução de problemas que ultrapassam as fronteiras dos municípios individualmente analisados. Seja porque tais cidades estão ligadas a uma central, como ocorre com as grandes metrópoles, seja porque tais cidades prestam serviços públicos que fogem da esfera local ou, ainda, porque precisam se associar para garantir a viabilidade dos serviços.

O cenário institucional hoje estabelecido, embora confira no campo teórico significativa autonomia e responsabilidade para o ente municipal, na prática não se mostrou capaz de efetivá-la. Ao contrário, a dependência econômico-financeira dos municípios em relação aos outros entes federativos cria um cenário de subordinação e obediência às determinações federais ou estaduais.

O estabelecimento de uma aglomeração, que poderá se organizar nos moldes de uma autarquia, empresa estatal, órgão da administração pública ou mesmo conforme a Lei nº 11.107/05⁸ confere aos municípios a potencialidade de elevar serviços públicos que hoje são prestados no âmbito local para o âmbito regional, agregar os ganhos de escala, economicidade e eficiência, compartilhar responsabilidades, efetivar competências que possuem uma vocação regional, tais como meio ambiente, transporte intermunicipal, serviços de saúde de maior complexidade, dentre outros.

Portanto, o que se verifica é que a obrigatoriedade de um determinado município se aglomerar numa região administrativa é, em última instância, uma potencialidade de lhe conferir maior autonomia na execução de serviços estritamente locais. Assim, ao invés de

⁸DALLARI, op. cit., p. 84



representar uma limitação a autonomia municipal, as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões podem representar um meio de efetivação dessa autonomia.

2. DA REPRESENTATIVIDADE INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA

Dentre os mais importantes pilares do sistema federativo estão a capacidade de auto-governo e auto-administração dos entes federativos⁹. Os municípios, dotados dessas qualidades, possuem autonomia constitucional expressa, à luz dos arts. 18, 29 e 30 da CRFB¹⁰, para eleger seus poderes executivo e legislativo, bem como estabelecer sua administração pública. Há portanto, uma esfera de democracia local, que determina a cada ciclo eleitoral, uma plataforma de governo para seu território.

Com o estabelecimento das aglomerações, contudo, verifica-se o saudável deslocamento de determinadas pautas das políticas públicas para o âmbito regional. Esse deslocamento representa, em especial, uma transferência administrativa, isto é, se desloca do âmbito da administração pública municipal, para a administração metropolitana.

Enquanto na esfera municipal, determinada política pública está, ao menos em última instância, sob o crivo do Chefe do Poder Executivo Municipal, o Prefeito, que tem mandato eletivo e apresenta uma plataforma ao cidadão. Já na esfera regional, estará submetido a uma formulação do colegiado de municípios e do estado-membro.

Surge assim um receio legítimo de representatividade, que não se confunde com a temática já abordada da autonomia, que diz respeito a duas esferas de atuação: a relação dos municípios com a esfera regional e a relação do cidadão com a administração metropolitana.

Na primeira esfera, é fundamental observar de que modo se dá a relação entre os entes municipais e a região metropolitana, ou seja, qual o espaço de atuação de cada ente federativo na formação das deliberações e políticas a serem adotadas.

Isso porque, conforme entendeu o STF na ADIN nº 1842/RJ¹¹, uma vez instituída a Região Metropolitana, o interesse metropolitano, que é aquele que transcende o interesse

⁹ FARIAS, Talden Queiroz (Co-autor). Regionalismo como uma nova perspectiva para o federalismo brasileiro: o leading case relativo à região metropolitana do Rio de Janeiro. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 5-40., dez./jan. 2014.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.842*. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>>. Acesso em: 19 set. 2018.



municipal e estadual, sem, contudo, deixar de pertencer-lhes, deve necessariamente ser constituído pelo condomínio de entes federativos¹².

Para o Ministro Gilmar Mendes¹³, a titularidade das funções públicas de interesse comum não caberia nem ao Estado, nem aos Municípios metropolitanos, mas a todos, devendo tal competência ser compartilhada por todos os entes federativos, que juntos, comporiam o ente regional. Nessa perspectiva, entende de igual modo que as decisões devem ser necessariamente colegiadas, com uma forma de obtenção de consenso organizada de forma a não impor uma vontade sobre as demais.

Nessa toada, decidiu o STF¹⁴ que o parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. Ou seja, fundamental é evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios.

Entende-se, portanto, que a participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.

Para uma efetiva participação democrática dos municípios na formação de vontades e políticas das regiões metropolitanas entende-se que basta que esteja assegurado que nenhum ente prevalecerá sobre o outro. O conselho metropolitano, então, deve ser um espaço de formação consensual das políticas públicas, na medida do possível.

Tal qual na democracia, diferentes visões estarão colocadas no conselho metropolitano, uma vez que será composto pelos diversos municípios, que não necessariamente possuem a mesma diretriz política. Ainda assim, ao final das deliberações e com a formação de um entendimento, mesmo que haja uma minoria ela será beneficiada pela formação das políticas regionais.

Surge, por outra perspectiva, um receio legítimo de distanciamento entre a formulação e execução de políticas públicas e o cidadão que deve se beneficiar delas; uma preocupação de

¹²FARIAS, op. cit., nota 9.

¹³BRASIL. op. cit., nota 3.

¹⁴Ibid.



que um controle do administrado restará dirimido, bem como a capacidade de interferência do cidadão prejudicada.

O STF, quando do julgamento da ADIN nº 1842/RJ¹⁵, determinou que a competência acerca das questões regionais não pertencia nem ao Estado, nem aos municípios, mas sim ao colegiado dos entes participantes, consubstanciado na participação de todos no colegiado, ainda que de forma não paritária.

Resolveu-se a questão da atuação interfederativa, considerados os municípios e o Estado, mas não a questão da participação popular. O STF também não delimitou um modelo de governança das regiões metropolitanas, entendendo que tal competência é dos Estados, por meio de lei complementar.

Importante observar que o Estatuto da Metrópole¹⁶ se preocupa em estabelecer no art. 6, V, que trata da governança interfederativa, o princípio da gestão democrática da cidade como norteador da governança. Esse princípio por sua vez encontra amparo nos art. 43 a 45 da Lei nº 10.257/01¹⁷. Representam tais artigos a participação da sociedade civil em órgãos colegiados, debates, audiências e consultas públicas, bem como iniciativa popular de projeto de lei. O art. 45¹⁸ faz a menção específica da necessidade de incluir a comunidade de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania. Além disso, o art. 7º, V¹⁹, determina a necessidade de participação de representantes da sociedade civil nos processos de planejamento e de tomada de decisão da região metropolitana. O art. 12²⁰ traz a regra de participação da sociedade civil na formação do plano de desenvolvimento urbano integrado, por meio de audiências públicas.

É possível encontrar na Constituição diversas referências a participação popular na formação de políticas públicas, como no art. 29, XII, art. 198, art. 204²¹, que trazem respectivamente, a necessidade de cooperação das associações representativas no planejamento municipal; participação da comunidade em ações e serviços relacionados à saúde; e participação

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.842*. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.089*, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 10.257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 10.



da população no que diz respeito à assistência social, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Assim, verifica-se que o anseio constitucional pela participação popular na formação de políticas e na administração pública, encontra amparo no Estatuto da metrópole. Entretanto, parece essencial que os Estados ao editarem suas leis complementares instituidoras das regiões, tenham a preocupação de criar meios institucionais de participação direta da população. O fato de a legislação federal trazer a previsão dessa participação não se traduz automaticamente na participação popular efetiva.

Ainda que se verifique a preocupação do legislador em estabelecer a necessidade de participação da sociedade civil nas diversas etapas da governança metropolitana, parece que restou insuficiente.

À luz das experiências municipais, que instituem conselhos municipais, ou populares, em diversos setores da administração pública municipal, percebe-se a necessidade de estabelecer institucionalmente um Conselho Metropolitano, de participação popular, de característica permanente, por meio do qual será assegurada a atuação dos moradores daquela aglomeração.

Fundamental se faz essa participação para consolidação do preceito de que não há confusão entre os interesses estaduais, interesses municipais e os interesses regionais. Desse modo, havendo a participação popular por meio de seus representantes eleitos nas duas primeiras esferas, não faz sentido não assegurar a participação efetiva e permanente, por meio de representantes eleitos na esfera da Região Metropolitana.

3. DA GESTÃO INTERFEDERATIVA

Uma das principais vantagens em se estabelecer uma aglomeração urbana de municípios reside no fato de que eles possuem capacidades distintas de administração, que quando reunidas num interesse regional proporcionam maior eficiência e capacidade de gestão. Isto é, conforme já consolidado em oportunidade prévia, ao se reunirem para executarem as políticas cujos efeitos ultrapassem a esfera local, os municípios imediatamente ganham maiores condições de fazer suas próprias atividades locais e as regionais com maior eficiência.

Contudo, esse processo não se dá de modo automático. O estabelecimento por lei complementar de uma região metropolitana, ou qualquer outra forma de aglomeração urbana,



representa apenas a etapa inicial de um projeto regional de gestão pública, a saber, a função pública de interesse comum, nos termos do art. 2º, II da Lei nº 13.089/15²².

Para que esse projeto seja efetivado, faz-se necessária a criação de instrumentos administrativos que possibilitem a execução das políticas públicas regionais, criadas no plano de desenvolvimento urbano integrado. Esse plano, entretanto, cria apenas o norte da gestão regional, não seus efetivos instrumentos.

É nesse sentido que o Estatuto da Metrópole traz a noção de estrutura de governança interfederativa. Nos termos do art. 2º, IV, do Estatuto da Metrópole²³, governança interfederativa significa compartilhamento de responsabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum.

Há uma preocupação do legislador de que não apenas sejam instituídas as regiões metropolitanas, como também sejam previstas formas de governá-las, a fim de planejar e executar políticas públicas de interesse comum.

Nesse sentido governança seria a necessidade de diminuir riscos, reduzir complexidades, controlar e governar os fatos naturalmente necessários e contingentes, transformando a complexidade desorganizada em organizada²⁴.

Somando-se a essa previsão, a lei prevê que todos os municípios deverão adequar seus planos diretores para que fiquem em conformidade com o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado, demonstrando a necessidade de absorção, por parte de cada ente que integra a aglomeração, dos objetivos que passarão a regê-la.

Essas previsões, guardadas as suas devidas funções, não são capazes, por si só, de impulsionar a atuação conjunta dos municípios e do Estado-membro participante da região metropolitana. Fez-se necessário que a lei previsse uma forma institucional de se organizar adequadamente a nova esfera que surge.

Destaque-se, pois, o art. 9º, IV e VI²⁵, que prevê de modo explícito a possibilidade de as aglomerações se organizarem na forma de um consórcio público. Essa previsão é de

²² BRASIL. *Lei nº 13.089*, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm. Acesso em: 19 ago. 2018.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ SÁ, Rafael Amorim Martins de; CARVALHO, Ana Luíza Souza; BARBOSA, Ycarim Melgaço; BARSCH, Bruna. ARAÚJO FILHO, Alberto Rodrigues de. Estatuto da Metrópole: a governança interfederativa. *Revista Brasileira de Gestão Urbana*. Goiânia, vol.9, no.2, p.203-215, ago. 2017.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.



fundamental importância, quando se trata de assegurar instrumentos concretos de gestão, organização e execução de políticas públicas.

O consórcio público é o modelo de cooperação interfederativa que melhor se adequa a regiões metropolitanas e aglomerações urbanas. Apesar disso, frise-se que a lei adotou, de modo correto, a fim de conferir a maior possibilidade aos gestores, a integração por convênios de cooperação e contratos de gestão.

A Lei dos Consórcios Públicos²⁶ dá nova regulamentação à cooperação horizontal e vertical entre as três esferas de governo para a gestão compartilhada de políticas públicas, criando um arcabouço para concretizar o federalismo de cooperação, cujos princípios constitucionais carecem de regulamentação. Serve, ainda, à finalidade de compatibilizar o respeito a autonomia dos entes federados com o fomento de uma maior interdependência e articulação entre as esferas de governo, considerando as desigualdades regionais e assimetrias existentes entre as diversas administrações públicas.

Os consórcios públicos encontram fundamento constitucional no art. 241 da CRFB/88²⁷, que prevê que os entes federativos poderão realizar a gestão associada de serviços públicos, inclusive com transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou bens.

Apesar de as regiões metropolitanas e outras aglomerações urbanas não serem criadas por ato voluntário dos municípios, mas sim por força estadual, não há qualquer conflito entre sua criação forçada e a voluntariedade do consórcio público. Pelo contrário. Se ao ser instituída uma aglomeração e os municípios adequarem seus planos diretores ao plano de desenvolvimento urbano integrado, ela for seguida da criação de um consórcio público voluntário pelos municípios, estar-se-ia reforçando a legitimidade de tal aglomeração, bem como demonstrado o efetivo esforço dos entes federativos municipais em efetivarem seus interesses em comum.

Os consórcios se revelam especialmente atrativos para as aglomerações de municípios, uma vez que a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005²⁸, ao disciplinar os consórcios públicos, garantiu a eles a segurança jurídica necessária para funcionar como um elemento estratégico na promoção do desenvolvimento regional. Nesse sentido, a Lei nº 11.107/05²⁹ atribui personalidade jurídica aos consórcios públicos (artigos 1º, §1º e 6º). Tal personalidade jurídica se configura como associação,

²⁶ BRASIL. *Lei nº 11.107*, de 06 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

²⁸ BRASIL. *Lei nº 11.107*, de 06 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.



podendo esta ser de direito público ou de direito privado. Quando criado com personalidade de direito público, o consórcio público se apresenta como associação pública, nova pessoa de direito público interno criada por alteração do art. 41, inciso IV, do Código Civil³⁰.

Por ser pessoa jurídica diversa dos entes que o constitui, o consórcio público responde por si, portanto, se obriga em nome próprio, por conta própria. Por apresentar tais características, os consórcios se apresentam como melhores instrumentos para favorecer o planejamento, regulação e prestação de serviços que, por diversas vezes, transcendem a esfera de atuação de um único ente federativo.

A criação desse instrumento de cooperação federativa e de gestão intergovernamental de políticas públicas constitui uma estratégia fundamental frente à necessidade de conferir eficácia máxima às aglomerações urbanas.

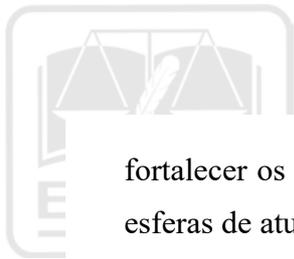
Por não fazer distinção dos entes federativos, podendo incluir tanto os municípios quanto o Estado, e até mesmo a União, por meio de uma pessoa jurídica própria, diversa das que o compõem, com aptidão para contratar e licitar, reúne em si as capacidades administrativas que faltam à aglomerações urbanas, sendo, portanto, um adequado instrumento do direito administrativo para efetivar as regiões metropolitanas e aglomerações urbanas.

CONCLUSÃO

No âmbito institucional, das relações entre as forças de poder, a Constituição de 1988 estabelece um processo de descentralização político-administrativo e fiscal no país, fortalece a autonomia e a base tributária dos governos subnacionais e aumenta o volume de transferências de recursos intergovernamentais. Apesar de tal autonomia, percebe-se a necessidade da instituição de mecanismos de cooperação intergovernamental a fim de se conferir maior eficiência na prestação de políticas públicas. Nesse sentido, a Constituição já se antecipou apresentando a possibilidade de instituição das Regiões Metropolitanas.

Inicialmente, verificou-se que as regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas são mecanismos institucionais constitucionalmente previstos, para integrar municípios com territórios limítrofes, a fim de proporcionar a cooperação inter-federativa compulsória. Restou evidenciado por esse trabalho que ao contrário do que uma primeira análise mais rasa pode indicar, a instituição compulsória, por parte Estados-membros, de aglomeração urbana com o intuito de cooperação intermunicipal, cumpre a função de

³⁰ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.



fortalecer os municípios, e não de enfraquecê-los, uma vez que metrópole e municípios terão esferas de atuação distintas, mas que são complementares.

Por outro lado, tais aglomerações representam um afastamento do campo de planejamento e execução de tais políticas públicas da esfera local, que possui eleição para representantes do executivo e legislativo, para o campo regional, que não possui um governo propriamente dito. Em que pese a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, o Estatuto da Metrópole, ter estabelecido mecanismos obrigatórios de participação da sociedade civil no campo da região metropolitana, entendeu-se pela necessidade de criação de um conselho de caráter permanente, eleito pelo voto direto, pela população metropolitana, com periodicidade, a fim de instituir um fórum permanente de participação e fiscalização da população.

Se tanto a esfera local quanto a esfera estadual possuem poderes executivo e legislativo, eleitos pelo voto direto, secreto e universal, que buscam exercer as funções de elaboração, fiscalização e execução de políticas públicas, por meio de representantes do povo, não seria coerente não haver um órgão de representação direta que permitisse esses debates no âmbito regional. Assim, ideal seria uma inovação legislativa no referido estatuto.

Por fim, se por um lado as regiões têm o potencial de se mostrar um importante instrumento de atuação conjunta de diferentes entes federativos com interesses regionais comuns, de nada serviria sem o adequado mecanismo institucional para sua criação.

Desse modo, inferiu-se que a melhor forma de instrumentalizar as regiões metropolitanas seria por meio da instituição dos consórcios públicos, previstos na Lei nº 11.107/05, porquanto permitem a instituição de pessoa jurídica de direito público ou privado separadamente daqueles entes que a constituem, conferindo maior autonomia administrativa e segurança jurídica.

Ficou evidente, portanto, que muito embora as regiões metropolitanas sejam instrumentos vitais para assegurar a verdadeira autonomia federativa e concretização do federalismo de cooperação, ela pode passar por melhorias legislativas que assegurem a efetiva participação permanente da população e dos municípios integrantes. Do mesmo modo, para que sejam capazes de efetivar suas propostas, devem ser revestidas da adequada roupagem institucional, que, ao final, confira-lhe autonomia e segurança jurídica. Só assim, as regiões metropolitanas poderão ser instrumentos de concretização do federalismo de cooperação.



REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Co-autor). *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDT, Cristina Thedim. *A criação de municípios após a constituição de 1988: o impacto sobre a repartição do FPM e a emenda constitucional nº 15 de 1996*. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 47, n. 187, p. 59-75, jul./set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.842*. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Lei nº 10.257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Lei nº 11.107*, de 06 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Lei nº 13.089*, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

COSTA, Nelson Nery. Desenvolvimento do município no Brasil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, RJ, v. 96, n. 349, p. 125-138., jan. 2000.

DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Direito municipal brasileiro*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

IBGE. *IBGE divulga as estimativas populacionais dos municípios para 2017*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/16131-ibge-divulga-as-estimativas-populacionais-dos-municipios-para-2017.html>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. *Pesquisa de Informações Básicas Municipais*. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95942.pdf>>. Acesso em: 23 mai. de 2018.

FARIAS, Talden Queiroz (Co-autor). Regionalismo como uma nova perspectiva para o federalismo brasileiro: o leading case relativo à região metropolitana do Rio de Janeiro. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 5-40., dez./jan. 2014.



RECEITA FEDERAL. *Carga Tributária no Brasil*. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2018.

ROLNIK, Raquel; SOMEKH, Nadia. Governar as metrópoles: dilemas da recentralização. *Cadernos Metrópole*, São Paulo; n. 8, p. 105-117, 2 sem. 2002.

SÁ, Rafael Amorim Martins de; CARVALHO, Ana Luíza Souza; BARBOSA, Ycarim Melgaço; BARSCH, Bruna. ARAÚJO FILHO, Alberto Rodrigues de. Estatuto da Metrópole: a governança interfederativa. *Revista Brasileira de Gestão Urbana*. Goiânia, vol.9, no.2, p.203-215, ago. 2017.

INCENTIVO FISCAL AO DESPORTO NO IRPJ

Lucas Guimarães de Paula

Graduado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo - A carga tributária brasileira é extremamente alta, superando o patamar de 35% do PIB. Quando considerados o IRPJ e a CSLL, tributos que incidem sobre o lucro, verifica-se que, somados, representam uma carga tributária de aproximadamente 40%, no caso de instituições financeiras, e de aproximadamente 34%, no caso das demais pessoas jurídicas. No intuito de reduzir essa sobrecarga e, assim, viabilizar seus negócios, os contribuintes lançam mão de uma ferramenta chamada planejamento tributário. Ora, por meio dessa engenharia tributária, constata-se que uma das formas de diminuir a tributação incidente sobre o lucro se dá com o aproveitamento de incentivos fiscais relativos ao IRPJ. Esses benefícios se compatibilizam, apenas, com a apuração da base de cálculo do referido imposto pelo lucro real, que, por sua vez, pode ocorrer anual ou trimestralmente. O presente artigo científico busca elucidar tais questões, com o objetivo precípuo de analisar o incentivo fiscal ao desporto no IRPJ.

Palavras-chave - Direito Tributário. Carga Tributária. Planejamento Tributário. Incentivo Fiscal. IRPJ. Lucro Real. Incentivo ao Desporto.

Sumário - Introdução. 1. Teoria dos Incentivos Fiscais e IRPJ: compatibilização a partir de imposições legais. 2. Lucro Real e Incentivos Fiscais no IRPJ: apuração trimestral *versus* apuração anual. 3. Incentivo ao Desporto no IRPJ: (in)efetividade do instrumento na perspectiva do contribuinte. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a abordar questões atinentes à efetivação do incentivo fiscal ao desporto no IRPJ como instrumento de planejamento tributário. Diante do grande obstáculo que a exacerbada carga tributária impõe aos contribuintes empreendedores no Brasil, grita a necessidade de encontrar-se meios de reduzi-la ou, de alguma forma, de beneficiar-se, com vistas a propiciar negócios e atividades empresárias.

Segundo dados levantados em estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) e concluído em março de 2017, o Brasil desponta entre os 15 países com a maior carga tributária no mundo, ocupando posição acima de países desenvolvidos, como Suíça, Estados Unidos, Canadá, Japão e Austrália. Comparados os 30 países com maior carga tributária,



o Brasil é o único do BRICS - grupo de países emergentes formado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul – a figurar na lista e aquele com posição de destaque entre os países da América, possuindo a maior carga tributária de todo o continente.

A despeito de ocupar o 30º lugar, com o pior Índice de Retorno de Bem-Estar à Sociedade (IRBES) dentre os países estudados, o Brasil possui carga tributária que ultrapassa o patamar de 35% do PIB. No que tange, mais especificamente, ao IRPJ e à CSLL, tributos que incidem sobre o lucro da atividade empresarial, verifica-se que, somados, correspondem a uma carga tributária de aproximadamente 40%, no caso de instituições financeiras, e de aproximadamente 34%, no caso das demais pessoas jurídicas e empresas individuais. Isto é, a excessiva carga tributária nacional representa um dos maiores entraves ao desenvolvimento da empresa e, conseqüentemente, ao crescimento do Brasil.

Premidos pela necessidade de vencer o desafio de minorar tal sobrecarga e, assim, viabilizar os seus negócios, os contribuintes precisam lançar mão de mecanismos. Dentre eles, há um que não só é eficiente, como é lícito, a saber, o planejamento tributário, também conhecido como elisão fiscal, engenharia tributária e economia fiscal. Em linhas gerais, trata-se da lícita organização da vida econômica, visando à fuga ou redução da tributação, ou ao diferimento no pagamento dos tributos. Afinal, ninguém pode ser obrigado a optar pela prática dos atos mais onerosos ou mais proveitosos ao Fisco.

Nesse sentido, constata-se que uma das formas de se alcançar o objetivo de reduzir a carga tributária incidente sobre o lucro e, assim, tornar exequíveis os negócios dos contribuintes do IRPJ, perfaz-se pelo aproveitamento de incentivos fiscais. Estes são, aprioristicamente, estímulos criados pelo ente político competente à instituição do tributo ao qual o benefício está associado, com o fim de desenvolver determinados setores da economia com a participação da iniciativa privada.

Percebe-se, claramente, que os contribuintes de IRPJ mais circunspectos e, por isso, desenvolvedores de planejamento tributário, encontram nos incentivos fiscais uma forma de obter uma desoneração tributária. Em meio a tantos, o incentivo fiscal ao desporto, objeto de análise deste trabalho, é um dos que sobressaem.

Nesse passo, o primeiro capítulo deste artigo científico verifica a compatibilidade do IRPJ com a Teoria dos Incentivos Fiscais, como condição à possibilidade de o contribuinte recorrer ao incentivo fiscal ao desporto.



Tendo em vista que a apuração do IRPJ com base no lucro real é a única que admite o beneficiamento advindo de incentivos fiscais, o segundo capítulo busca comprovar que a apuração anual do IRPJ é, senão em todos, na enorme maioria dos casos, mais interessante que a apuração trimestral, inclusive quanto ao máximo aproveitamento de incentivos fiscais.

Por sua vez, o terceiro capítulo analisa o incentivo fiscal ao desporto no IRPJ como um instrumento de efetivo favorecimento do contribuinte. Ou seja, tal incentivo importa, de fato, desoneração ao contribuinte, sendo uma forma de superar, ou pelo menos mitigar, a barreira imposta pela desmedida carga tributária nacional, de modo a permitir a consecução de atividades empresárias e, assim, o desenvolvimento do país.

Para tanto, estabelece-se um recorte epistemológico que garanta sistematicidade e cientificidade ao artigo, a fim de que proporcione reais e sólidas contribuições à comunidade científica. Nessa esteira, quanto à abordagem, a pesquisa é qualitativa. Em relação aos objetivos, é explicativa. E, por fim, no que diz respeito aos procedimentos, é, basicamente, bibliográfica e documental.

1. TEORIA DOS INCENTIVOS FISCAIS E IRPJ: COMPATIBILIZAÇÃO A PARTIR DE IMPOSIÇÕES LEGAIS

Sabe-se que o Estado carece de recursos financeiros para que possa desenvolver suas atividades e promover o bem-estar. A despeito de possuir patrimônio e, com isso, ser capaz de gerar receitas públicas originárias, o Estado tem o tributo como o principal meio de captação de riquezas. Isto é, a tributação é um mecanismo cujo objetivo, em essência, se traduz na arrecadação, que vai ao encontro das necessidades do Estado.

A atividade fiscal, contudo, consiste em tributar harmoniosamente, exigindo-se do Estado, por vezes, abdicar do poder de impor a tributação, inclusive. É exatamente nesse contexto que se insere a teoria, ou doutrina, da extrafiscalidade, em cujo plano nasce e se desenvolve a teoria dos incentivos fiscais, por sua vez.

Precipuamente, a extrafiscalidade é uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico, um instrumento de consecução de objetivos políticos, econômicos e sociais, por meio de práticas protecionistas, de estímulos a setores da indústria, entre outros. Trata-se de uma



atividade financeira do Estado que manifesta interesses distintos daquele de simples arrecadação de recursos para o erário. Nas palavras de Marcos André Vinhas Catão¹:

[...] a tributação extrafiscal se oporia à idéia primitiva de uma tributação neutra, estanke do esforço do legislador em criar condições para uma sociedade mais justa e distributiva. Com base na extrafiscalidade, libera-se o administrador a comandar a atividade fiscal não só no sentido arrecadatório, mas sim em finalidades múltiplas, dentro de diretrizes políticas, morais, econômicas e sociais.

Verifica-se, portanto, que a fiscalidade - como atividade arrecadatória - e a extrafiscalidade conformam-se, juntas, em uma ferramenta poderosa e imprescindível ao desenvolvimento da sociedade: a Política Fiscal. Todavia, a extrafiscalidade serve, segundo Alfredo Augusto Becker², “[...] tanto para a Reforma Social como para impedi-la”. Isso porque, como se pode depreender, possui duas finalidades: uma positiva e outra negativa.

A extrafiscalidade com efeitos negativos, também conhecida como extrafiscalidade regressiva, pretende desestimular determinada atividade por meio da imposição de uma carga tributária mais pesada. Não obstante, é no campo da extrafiscalidade positiva, ou seja, aquela que, em posição diametralmente oposta à extrafiscalidade negativa, busca incentivar setores e atividades específicos, que se constrói a teoria dos incentivos fiscais.

Geraldo Ataliba e José Artur Lima Gonçalves³ já apontavam que:

os incentivos fiscais manifestam-se, assim, sob várias formas jurídicas, (...), cujo fim último é, sempre, o de impulsionar ou atrair, os particulares para a prática das atividades que o Estado elege como prioritárias, tornando, por assim dizer, os particulares em participantes e colaboradores da concretização das metas postas como desejáveis ao desenvolvimento econômico e social por meio da adoção do comportamento ao qual são condicionados.

Sob outro ângulo, mas, ainda assim, corroborando o raciocínio exposto, Heleno Taveira Torres⁴ ensina que os incentivos fiscais guardam profundo vínculo com o valor de justiça. Para o autor, cabe ao Estado minorar as desigualdades e propiciar as condições que possibilitem aos contribuintes, pessoas físicas e/ou jurídicas, suportar a carga tributária sem que isso importe ruína de sua lucratividade ou, até mesmo, de sua própria existência.

¹ CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 24.

² BECKER apud Ibid., p. 27.

³ ATALIBA, GONÇALVES apud RODRIGUES, Juliano José. *A extrafiscalidade tributária para o imposto sobre serviço como instrumento de desenvolvimento municipal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1468>. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁴ CATÃO, op. cit., p. 2-3.



Em suma, os incentivos fiscais encontram alicerce na teoria da extrafiscalidade, trazendo consigo a ideia de desoneração - redução da carga tributária. Nesse sentido, visam ao estímulo de determinadas atividades consideradas relevantes pelo legislador.

Para que sejam válidos, devem estar assentes no texto constitucional e nos valores dele emanados, ainda que de categoria não tributária - como no caso do fomento ao esporte, esculpido no art. 217, da CRFB/88⁵ -, uma vez que revelam os anseios da ordem jurídica. Impõe-se, ainda, que sejam criados por lei específica proveniente do ente legislativo competente para instituir o tributo com o qual se relacionam.

Em sede de incentivos fiscais relativos ao IRPJ, mais especificamente, isso não é diferente. Entretanto, incumbe-lhes observar algumas outras determinações legalmente previstas.

Primeiramente, há uma impossibilidade de se reduzir o adicional de 10%⁶. Ou seja, os incentivos fiscais pertinentes ao IRPJ têm sua dedução restrita à alíquota básica de 15%, nos termos do art. 3º, §4º, da Lei nº 9.249/95⁷.

Outrossim, verifica-se que os incentivos fiscais no IRPJ são compatíveis, apenas, com a apuração com base no lucro real⁸. Isto é, os contribuintes que apurarem seu IRPJ com base no lucro presumido ou arbitrado não poderão se beneficiar de incentivos fiscais, conforme o disposto no art. 10, da Lei nº 9.532/97⁹.

Como terceira e última imposição legal, mencionem-se os limites isolado e global de aproveitamento dos incentivos fiscais na dedução do IRPJ devido, os quais foram criados, respectivamente, pelos arts. 5º e 6º, da Lei nº 9.532/97¹⁰. Tais limites, no entanto, não se aplicam ao incentivo ao desporto, objeto deste trabalho, motivo pelo qual não serão pormenorizados.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁶ De acordo com o art. 228, do Decreto nº 3.000/99, o IRPJ possui duas alíquotas: uma de 15%, incidente sobre toda e qualquer base de cálculo, e outra de 10%, incidente apenas sobre a parcela da base de cálculo que ultrapasse o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao mês ou fração de mês.

⁷ BRASIL. *Lei nº 9.249*, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9249.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁸ As pessoas jurídicas e as empresas individuais, via de regra, são tributadas com base na apuração de seus resultados pelo lucro real. Apenas aquelas que não se enquadram em um dos incisos do art. 246, do Decreto nº 3.000/99, podem optar por outro tipo de apuração da base de cálculo para fins de tributação. Ademais, deve-se mencionar a possibilidade que as microempresas e as empresas de pequeno porte têm de serem tributadas pelo Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/06. Não se trata, aqui, entretanto, de outra espécie de apuração da base de cálculo do IRPJ, mas de tratamento tributário simplificado, mediante regime único de arrecadação.

⁹ BRASIL. *Lei nº 9.532*, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

¹⁰ Ibid.



Vale ressaltar que o incentivo fiscal ao desporto no IRPJ se materializa sob a forma de subvenção para investimento. Nos dizeres de Marcos André Vinhas Catão¹¹, subvenções de investimento são:

[...] recursos destinados não à manutenção da atividade economicamente exercida pela pessoa jurídica, mas sim uma forma de capitalizá-la, ou de incentivar uma atividade que normalmente não seria empreendida, assumindo por essa razão o caráter típico de incentivo.

O jurista¹², em sua exposição, sustenta ainda que essas subvenções se configuram como uma espécie de doação que se condiciona à realização, pelo particular, de certa intenção do administrador. Trata-se, nesse ponto, de questão relevante no âmbito do incentivo ao desporto, que será oportunamente explicitada.

Isso posto, prossiga-se com a análise da apuração do IRPJ com base no lucro real, única forma de apuração do imposto compatível com o aproveitamento de incentivos fiscais.

2. LUCRO REAL E INCENTIVOS FISCAIS NO IRPJ: APURAÇÃO TRIMESTRAL *VERSUS* APURAÇÃO ANUAL

A única forma de apuração do IRPJ que possibilita o aproveitamento de incentivos fiscais, como já abordado, é aquela realizada com base no lucro real - art. 10, da Lei nº 9.532/97¹³. Trata-se, curiosamente, da forma de apuração adotada pelas pessoas jurídicas em geral, principalmente pelas de médio e grande porte, seja por opção, seja por imposição legal - art. 246, do Decreto nº 3.000/99¹⁴.

O lucro real, segundo Hugo de Brito Machado¹⁵, “pode ser entendido como o acréscimo real do patrimônio da empresa, em determinado período”. No ordenamento jurídico brasileiro, é definido pelo art. 247, *caput*, do Decreto nº 3.000/99¹⁶, como “[...] o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas [...]” pelo mesmo ato normativo.

¹¹ CATÃO, op. cit., p. 66.

¹² Ibid., p. 66.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁴ BRASIL. *Decreto nº 3.000*, de 26 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 321.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 14.



Ora, a apuração pelo lucro real observa, basicamente, o princípio da confrontação entre receitas e despesas, fundamental no campo das ciências contábeis. O lucro seria proveniente, portanto, de um saldo positivo: mais receitas do que despesas.

Não obstante, no cenário legislativo fiscal nacional, o IRPJ não incide exatamente sobre o resultado contábil apurado pelo contribuinte com base no supracitado princípio, mas considera como receitas e despesas alguns fatos que, pela contabilidade, não seriam assim registrados. Nesse passo, “o lucro fiscal será determinado apenas pelas receitas tributadas e pelas despesas aceitas pelo Fisco [...]”¹⁷, nos termos dos arts. 249 e 250, do Decreto nº 3.000/99¹⁸.

Em suma, a apuração do IRPJ com base no lucro real se vale do lucro líquido - determinado por escrituração contábil - ajustado pelas adições obrigatórias e pelas exclusões facultativas, assim previstas em lei. Dessa operação, obtém-se o resultado líquido ajustado, com o qual, em caso positivo - de lucro -, podem ser compensados prejuízos fiscais de períodos anteriores. A compensação, por sua vez, não possui limitação de prazo - não prescreve -, mas é limitada à 30% (trinta por cento) do resultado líquido ajustado, na forma do art. 250, III, do Decreto nº 3.000/99¹⁹. Por decorrência lógica, em caso de resultado líquido ajustado negativo, não há tributação de IRPJ, já que incide sobre o lucro, e não sobre o prejuízo. Após a compensação, chega-se ao lucro fiscal, ao resultado tributável, sobre o qual incidem as alíquotas do imposto.

Superada essa sistemática de apuração do IRPJ pelo lucro real, passe-se à análise de sua periodização. Até 1996, o balanço era feito mensal ou anualmente. Com o advento do art. 1º, da Lei nº 9.430/96²⁰, incorporado pelo Decreto nº 3.000/99²¹, em seu art. 220, a apuração mensal deu lugar à trimestral. Isto é, hoje, de acordo com a legislação vigente, o IRPJ pode ser determinado com base em balanço trimestral ou anual.

O contribuinte, optando pela apuração trimestral, fechará um resultado a cada 3 (três) meses, totalizando 4 (quatro) apurações por ano. O imposto, nessa conjuntura, será pago em quota única no mês subsequente ao do período de apuração. A critério da pessoa jurídica, e desde que o valor do IRPJ a ser recolhido seja superior a R\$ 2.000,00 (dois mil reais), o imposto devido

¹⁷ PÊGAS, Paulo Henrique. *Manual de Contabilidade Tributária*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2011. p. 363.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

¹⁹ Ibid.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 9.430*, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 14.



poderá ser pago em até 3 (três) quotas mensais, iguais e sucessivas, não inferiores a R\$ 1.000,00 (mil reais), com juros pela taxa SELIC a partir do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração e de 1% (um por cento) no mês do pagamento - art. 5º, da Lei nº 9.430/96²².

A título de ilustração, Hiromi Higuchi²³, referindo-se ao período de apuração trimestral que compreende os meses de janeiro, fevereiro e março, aponta que “se os pagamentos forem efetuados em três quotas, o pagamento de abril não terá qualquer acréscimo, o de maio terá acréscimo de juros de 1% e o de junho terá acréscimo de juros SELIC do mês de maio mais 1% de junho [...]”.

Nesse contexto, percebe-se que, do ponto de vista dos contribuintes, em raríssimas circunstâncias a apuração com base no lucro real trimestral se mostrará interessante. Apenas às pessoas jurídicas não sujeitas a oscilações do mercado, e com lucros retílineos e superiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) por trimestre, que a opção pela apuração com base no lucro real trimestral poderá ser vantajosa.

Ainda mais radical, Hiromi Higuchi²⁴ sustenta que:

[...] as empresas bem administradas não vinham apurando o lucro real mensal e não vão apurar o lucro real trimestral. O lucro real mensal ou trimestral não traz uma só vantagem, mas traz muitas desvantagens, como a da limitação na compensação dos prejuízos fiscais e a possibilidade de cometer mais infrações fiscais.

Entenda: (i) ainda que dentro do mesmo exercício fiscal, na apuração pelo lucro real trimestral não é possível compensar prejuízos fiscais de trimestres seguintes, mas os prejuízos de um trimestre só poderão ser compensados em até 30% (trinta por cento) do lucro líquido ajustado dos trimestres subsequentes; e (ii) em um único ano-calendário são realizadas 4 (quatro) apurações distintas, ou seja, 4 (quatro) encerramentos de período, o que maximiza a probabilidade de serem cometidos erros que correspondam a infrações fiscais que, por sua vez, conduzam a autuações fiscais.

Diferentemente, na determinação do IRPJ com base no lucro real anual faz-se apenas 1 (uma) apuração no período, que se encerra em 31 de dezembro de cada ano - art. 221, do

²² BRASIL, op. cit., nota 20.

²³ HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de Renda das Empresas: Interpretação e prática*. 38. ed.. São Paulo: IR Publicações, 2013. p. 29.

²⁴ Ibid. p. 28



Decreto nº 3.000/99²⁵ -, o que minimiza a probabilidade de se cometerem equívocos puníveis pelo Fisco. O contribuinte, se assim desejar, pode realizar recolhimento mensal do imposto, a ser calculado por estimativa, até o último dia útil do mês seguinte - art. 222, do Decreto nº 3.000/99²⁶.

As alíquotas do IRPJ - básica de 15% e adicional de 10% -, na hipótese de recolhimento mensal por estimativa, continuam as mesmas, enquanto a base de cálculo passa a ser obtida pela aplicação de um percentual de 1,6% (um inteiro e seis décimos por cento), 8% (oito por cento), 16% (dezesseis por cento) ou 32% (trinta e dois por cento), variável em função da atividade exercida pela pessoa jurídica, sobre a receita bruta auferida no mês - art. 223, do Decreto nº 3.000/99²⁷. Essa receita pode, ainda, sofrer algumas alterações, em razão de acréscimos ou de deduções - arts. 224-227, do Decreto nº 3.000/99²⁸.

Outrossim, os recolhimentos mensais por estimativa que, porventura, sejam feitos a maior, não são considerados indevidos, mas devem constar na declaração de ajuste anual. Os contribuintes, assim, podem pleitear a restituição do valor antecipadamente pago que excedeu o montante devido no exercício.

No mais, frise-se que, na estipulação do IRPJ pelo lucro real anual, a compensação de prejuízos com lucros apurados no mesmo período-base é livre e integral. Trata-se, aqui, de mais uma marca distintiva e favorável à apuração anual, em detrimento da trimestral.

Isso posto, analise-se a efetividade, ou não, sob a ótica do contribuinte, do incentivo fiscal ao desporto relacionado ao IRPJ apurado com base no lucro real anual.

3. INCENTIVO AO DESPORTO NO IRPJ: (IN)EFETIVIDADE DO INSTRUMENTO NA PERSPECTIVA DO CONTRIBUINTE

O incentivo fiscal ao desporto possui base constitucional. A carta magna brasileira²⁹, em seu art. 217, preconiza a prática do desporto como direito fundamental, apontando que “é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um [...]”.

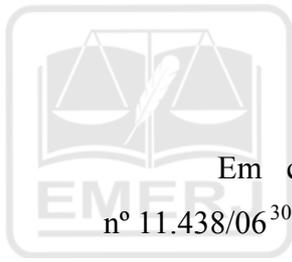
²⁵ BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 5.



Em cumprimento a essa disposição, o poder legislativo federal editou a Lei nº 11.438/06³⁰, regulamentada pelo Decreto nº 6.180/07³¹, que instituiu o incentivo fiscal a práticas desportivas. Nesse sentido, o art. 1º, da Lei nº 11.438/06³², determina que:

a partir do ano-calendário de 2007 e até o ano-calendário de 2022, inclusive, poderão ser deduzidos do imposto de renda devido, apurado na Declaração de Ajuste Anual pelas pessoas físicas ou em cada período de apuração, trimestral ou anual, pela pessoa jurídica tributada com base no lucro real os valores despendidos a título de patrocínio ou doação, no apoio direto a projetos desportivos e paradesportivos previamente aprovados pelo Ministério do Esporte.

Como se pode notar, a previsão é a de que o incentivo vigorará até o ano-calendário de 2022, aproveitando os valores despendidos a título de patrocínio ou doação, no apoio direto a projetos desportivos e paradesportivos aprovados pelo Ministério do Esporte. Isto é, o incentivo se caracteriza pela aplicação, como patrocínio ou doação, de parcela do IRPJ devido em determinados projetos da seara desportiva.

A dedução está limitada a 1% (um por cento) da alíquota básica de 15% (quinze por cento) do IRPJ devido - art. 1º, §1º, I, da Lei nº 11.438/06³³, e art. 1º, §1º, I, do Decreto nº 6.180/07³⁴. Além disso, não se permite que o valor investido seja abatido como despesa operacional - art. 1º, §2º, da Lei nº 11.438/06³⁵, e art. 1º, §2º, do Decreto nº 6.180/07³⁶.

Frise-se, também, que esse incentivo não observa o limite global de aproveitamento criado pelo art. 6º, da Lei nº 9.532/97³⁷, como visto no primeiro capítulo deste trabalho. Dessa forma, sua dedução integral será possível, ainda que o contribuinte se valha, ao mesmo tempo, de outros incentivos fiscais.

Para melhor compreensão acerca da dinâmica desse incentivo, atente-se à seguinte ilustração. Suponha-se que uma pessoa jurídica, Cia. Inteligente, apurou lucro de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) no período de 2016. Considerando que todas suas receitas são tributáveis e suas despesas dedutíveis, desconsiderando possíveis compensações de prejuízos

³⁰ BRASIL. *Lei nº 11.438*, de 29 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111438.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

³¹ BRASIL. *Decreto nº 6.180*, de 3 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6180.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

³² BRASIL, op. cit., nota 30.

³³ Ibid.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 30.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 9.



fiscais de exercícios anteriores e aplicando as alíquotas de 15% (quinze por cento) e 10% (dez por cento) do IRPJ, o imposto devido será de R\$ 226.000,00 (duzentos e vinte e seis mil reais).

Conceba-se, ainda, o caso de a companhia incentivar diretamente, por patrocínio ou doação, um projeto desportivo ou paradesportivo, previamente aprovado pelo Ministério do Esporte, com o valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Nesse cenário, o registro contábil será feito como despesa, que não será aceita pelo Fisco e, por isso, constará nas adições.

Reputando que a redução do IRPJ devido se faz mediante dedução direta do incentivo, veja-se o seguinte quadro demonstrativo das duas hipóteses acima desenvolvidas:

CIA. INTELIGENTE	SEM INCENTIVO	COM INCENTIVO
LUCRO ANTES DO IRPJ	1.000.000,00	998.500,00
(+) ADIÇÕES	-	1.500,00
LUCRO FISCAL	1.000.000,00	1.000.000,00
IRPJ – ALÍQUOTA DE 15%	150.000,00	150.000,00
IRPJ – ALÍQUOTA DE 10%	76.000,00	76.000,00
(-) INCENTIVO FISCAL	-	(1.500,00)
TOTAL DO IR DEVIDO	226.000,00	224.500,00

Analisando-se o quadro acima, percebe-se que a Cia. Inteligente, sem que fizesse proveito do benefício, recolheria o montante de R\$ 226.000,00 (duzentos e vinte e seis mil reais) a título de IRPJ. Por outro lado, usufruindo do incentivo, desembolsaria R\$ 224.500,00 (duzentos e vinte e quatro mil e quinhentos reais) para pagamento de IRPJ e R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a título de patrocínio ou doação a projeto desportivo ou paradesportivo.

Ora, ambos os panoramas implicariam redução do caixa em R\$ 226.000,00 (duzentos e vinte e seis mil reais). Nesse sentido, o incentivo, de fato, traduz-se na aplicação de parcela do IRPJ em projetos desportivos ou paradesportivos, o que denota uma troca ou substituição na destinação do montante.

Não obstante, o uso do incentivo não deixa de ser interessante do ponto de vista do contribuinte. Em um primeiro exame, porque representa um retorno imediato máximo de 100% (cem por cento) do valor investido. Ou seja, é possível que o montante aplicado em patrocínio ou doação seja integralmente deduzido.

Outrossim, há configuração de propaganda gratuita da pessoa jurídica investidora, em razão da vinculação de seu nome e imagem ao projeto beneficiado pelos recursos que deixaram de ser revertidos ao Fisco. Essa exposição pode representar um retorno indireto muito



significativo para o contribuinte. Na pior das hipóteses, ele em nada seria onerado; simplesmente direcionaria parte do IRPJ a determinado projeto desportivo ou paradesportivo de sua escolha - uma espécie de filantropia com recursos que, de qualquer maneira, seriam desembolsados.

No mais, deve-se observar toda a normatização que visa a regulamentar questões mais práticas e procedimentais concernentes à concessão do benefício - Lei nº 11.438/06³⁸ e Decreto nº 6.180/07³⁹.

CONCLUSÃO

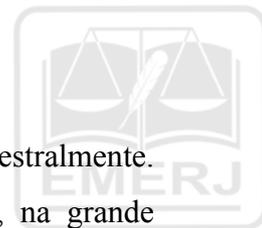
Dada a atualidade e grande relevância de temáticas relacionadas à desoneração fiscal, este artigo científico pretendeu analisar o incentivo fiscal ao desporto no IRPJ. Inicialmente, evidenciou, por meio de um paralelo traçado com os países que possuem as maiores cargas tributárias no cenário mundial, a discrepância existente entre a volumosa carga tributária nacional e a débil e diminuta retributividade à sociedade brasileira, apontando, principalmente, o significativo obstáculo que essa sobrecarga representa à iniciativa privada no desenvolvimento de atividades empresárias.

Nesse passo, apresentou noções de planejamento tributário, pelo qual se busca a redução dessa desmedida tributação. A teoria dos incentivos fiscais, inserida no contexto da finalidade negativa da doutrina da extrafiscalidade, traduz uma forma de desoneração fiscal, propiciando aos contribuintes suportarem a carga tributária sem supressão de sua lucratividade ou, mesmo, de sua existência.

O IRPJ, por sua vez, possibilita o beneficiamento de incentivos fiscais específicos, dentre os quais o incentivo ao desporto, objeto deste trabalho. Esse incentivo, nos termos da legislação tributária nacional: (i) não observa os limites isolado e global - pode ser usufruído integralmente, mesmo que em conjunto com outros incentivos; (ii) incide apenas sobre a alíquota básica de 15% - não incide sobre a alíquota adicional de 10%; e (iii) só é compatível com a apuração com base no lucro real - não se harmoniza com outras formas de apuração da base de cálculo do IRPJ, seja pelo lucro presumido, seja pelo lucro arbitrado.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 30.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 31.



Ora, a apuração do IRPJ com base no lucro real pode ser feita anual ou trimestralmente. Sob a ótica do contribuinte, a melhor estratégia de engenharia tributária aponta, na grande maioria das vezes, para a realização de uma única apuração no ano-calendário. As pessoas jurídicas que apuram seu IRPJ com base no lucro real anual conseguem (i) minimizar a probabilidade de serem cometidos erros sancionados pelo Fisco - no lucro real trimestral são feitas 4 (quatro) apurações no período-base, quadruplicando as chances de ocorrerem infrações que conduzam a autuações fiscais -, bem como (ii) maximizar a possibilidade de enxugamento da carga tributária - a apuração do IRPJ pelo lucro real anual autoriza compensação livre e integral de prejuízos com lucros contabilizados no mesmo período-base.

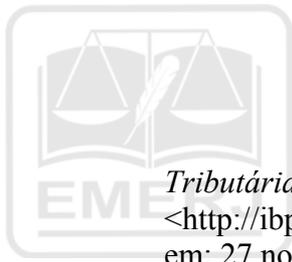
Assim, o contribuinte que se vale de bom planejamento tributário verificará, no final do ano, em dezembro - final do período de apuração do IRPJ com base no lucro real anual -, se deve, ou não, fazer algum investimento visando a beneficiar-se do incentivo fiscal ao desporto. De posse dos resultados do período, apurado prejuízo, não fará investimento algum objetivando retorno direto ou imediato, pois só conseguiria diminuir ainda mais o caixa - o IRPJ incide sobre lucro, e não sobre prejuízo, de modo que se não há recolhimento de imposto, não há beneficiamento de incentivo. Por outro lado, obtido lucro, poderá verificar, consideradas as circunstâncias específicas, se o incentivo será benéfico e, em caso positivo, o quanto deverá ser investido para que se alcance seu máximo aproveitamento.

No que tange ao incentivo sob análise, pontuou-se que a dedução está limitada a 1% da alíquota básica de 15% do IRPJ, bem como que não se permite que o valor investido seja abatido como despesa operacional. Diante da apresentação de sua dinâmica e de ilustrações elucidativas, concluiu-se que o incentivo fiscal ao desporto é bastante interessante na lógica do contribuinte. Sua efetividade está associada tanto a um retorno imediato máximo de 100% do valor investido - o montante do patrocínio ou doação poderá ser integralmente deduzido -, como a uma espécie de propaganda gratuita do contribuinte investidor - há vinculação de seu nome e imagem ao projeto beneficiado com seus recursos, o que implica retorno indireto ou mediato variável.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

AMARAL, Gilberto Luiz do; OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia Mary Fernandes do. *Cálculo do IRBES (Índice de Retorno de Bem-Estar à Sociedade) - Estudo sobre a Carga*



Tributária/PIB x *IDH*. Disponível em: <http://ibpt.impostometro.s3.amazonaws.com/Arquivos/06%2BIRBES%2B2015.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. *Decreto nº 3.000*, de 26 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. *Decreto nº 6.180*, de 3 de agosto de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6180.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. *Lei nº 7.689*, de 15 de dezembro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L7689.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. *Lei nº 9.249*, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9249.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. *Lei nº 9.430*, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. *Lei nº 9.532*, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

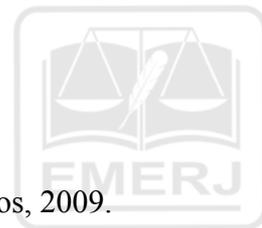
_____. *Lei nº 11.438*, de 29 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111438.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de Renda das Empresas: Interpretação e prática*. 38. ed. São Paulo: IR Publicações, 2013.

IBPT. *CNPL: Brasil é o País que proporciona pior retorno em serviços públicos à sociedade*. Disponível em: <https://ibpt.com.br/noticia/2595/CNPL-Brasil-e-o-Pais-que-proporciona-pior-retorno-em-servicos-publicos-a-sociedade>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. *Impostômetro: Brasil atinge marca de R\$ 1,5 trilhão em pagamento de impostos*. Disponível em: <https://ibpt.com.br/noticia/2623/Impostometro-Brasil-atinge-marca-de-R-1-5-trilhao-em-pagamento-de-impostos>. Acesso em: 27 nov. 2018.



MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PÊGAS, Paulo Henrique. *Manual de Contabilidade Tributária*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2011.

ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.) et al. *Planejamento Fiscal: Teoria e Prática*. São Paulo: Dialética, 1995.

RODRIGUES, Juliano José. *A extrafiscalidade tributária para o imposto sobre serviço como instrumento de desenvolvimento municipal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1468>. Acesso em: 27 nov. 2018.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da (Coord.) et al. *Curso de Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



INCONSTITUCIONALIDADE POR QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR, UMA AGRESSÃO À SOBERANIA POPULAR E À DEMOCRACIA INDIRETA

Lucas Oliveira Braga da Costa

Graduado pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogado.

Resumo – O presente artigo científico visa a realizar uma abordagem crítica em relação ao que vem acontecendo no país nos últimos anos, isto é, diversos escândalos de corrupção no sentido de que Parlamentares estariam recebendo propina para votar de uma determinada maneira em processos legislativos selecionados. Com isso, tem-se um manifesto vício de consentimento, podendo ser considerado um vício formal, que acarretaria na inconstitucionalidade da lei fruto desse processo viciado. Destaque-se que a importância recai sobre o fato de que as leis são as balizas de uma sociedade civilizada, de modo que não pode ser utilizado como meio de enriquecimento ilícito, assim como para beneficiar parcela dessa mesma sociedade.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Processo Legislativo. Quebra de Decoro Parlamentar. Vício Formal. Inconstitucionalidade. Requisitos.

Sumário: Introdução. 1. O vício por quebra de decoro parlamentar e a sua natureza. 2. Marco para ser considerado existente o vício. 3. Requisitos objetivos para o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato normativo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do que vem sendo denominado vício de decoro parlamentar, que consiste no vício de consentimento de políticos integrantes do Poder Legislativo e Executivo em meio ao processo legislativo de criação de atos normativos, em razão do recebimento de vantagens econômicas ilícitas, com fim de beneficiar determinados setores.

No final da primeira década deste século, veio à tona um grande escândalo de corrupção envolvendo diversos parlamentares que teriam recebido recursos de origem escusa para que votassem pela aprovação de determinada Emenda Constitucional. Tal episódio repugnante culminou na famigerada Ação Penal nº 470/MG, popularmente conhecida como “Mensalão”.

Apesar de devidamente julgada pelo STF, acarretando na prisão de diversos envolvidos, verifica-se que aparentemente não serviu de desestímulo a impedir a elaboração de novos ardis contra a população e o patrimônio público. Atualmente, como é de conhecimento geral, está em curso a Operação “Lava Jato” e “Zelotes”, que cada vez mais demonstra o quadro de corrupção

sistêmica que assola o país.

Pela Operação “Lava Jato” e seus desdobramentos, vem emergindo, novamente, situações de compras de votos, enquanto que pela “Zelotes”, de obtenção de vantagens ilícitas para edição de medidas provisórias, seja como apoio político para conferir “governabilidade”, seja em benefício de determinados setores da economia e até política.

Ainda no decorrer da AP n.º 470/MG, começou-se a levantar a hipótese acerca da constitucionalidade dos atos normativos oriundos dos processos legislativos nos quais os parlamentares, com consentimento desvirtuado, participaram.

O tema é recente, com pouco material bibliográfico, carecendo de maiores digressões, muito em função da dificuldade em se reconhecer a inconstitucionalidade do ato normativo, assim como as bases jurídicas e concretas para tanto.

Para melhor compreensão do tema, inicia-se com o primeiro capítulo conceituar o tema, bem como identificar a natureza do vício. Segue, pelo segundo capítulo, para identificar o marco a partir do qual poderá ser considerado o vício para que então se possibilite o eventual reconhecimento da inconstitucionalidade do ato normativo. E, por derradeiro, pelo terceiro capítulo, discorrer acerca do fato de se um parlamentar corrompido já teria o condão de macular o processo legislativo, ou se somente com um número significativo, capaz de reverter a votação (requisito objetivo), a permitir a declaração de inconstitucionalidade.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dedutivo, tendo em vista que o pesquisador pretende estabelecer conclusões objetivas aplicáveis às situações referenciadas acima, os quais acredita serem norteadores e viáveis para um determinado desfecho.

Visando a essa concepção, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será notadamente qualitativa, explicativa e bibliográfica, considerando o fato de o pesquisador pretender se valer de bibliografia relacionada ao tema (legislação, doutrina e jurisprudência).

1. O VÍCIO POR QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR E A SUA NATUREZA

Atualmente, o controle concentrado de constitucionalidade (via Ação direta de Inconstitucionalidade, ou a sua outra face, a Ação Direta de Constitucionalidade) realizado pelo Supremo Tribunal Federal limita-se a análise de duas formas de inconstitucionalidade de determinado ato normativo, quais sejam, por vícios formais e materiais.

Em apertada síntese e de maneira bem simplória, vício formal é aquele em que uma lei (*lato sensu*) é fruto de um processo legislativo que não tenha se dado conforme o devido



processo para a sua elaboração, como por exemplo, não ter observado a devida regra de competência (iniciativa). O vício material, por sua vez, é aquele que se evidencia a partir de uma lei contrária ao texto ou a *ratio* constitucional. Embora tenha observado o devido processo legislativo, a sua matéria não se adequa ao ordenamento jurídico, uma vez que não está em consonância com a Constituição da República que o fundamenta. Como exemplo, imagina-se uma emenda constitucional que tenha abolido algum direito fundamental assegurado, logo, ela é textualmente contrária ao art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88, que prevê ser o rol de direitos e garantias fundamentais cláusulas pétreas, bem como contrária ao seu escopo de ser uma Constituição humanista.

Em conformidade do magistério do Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹:

costuma-se proceder à distinção entre inconstitucionalidade material e formal, tendo em vista a origem do defeito que macula o ato questionado. Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, independentemente de seu conteúdo, referindo-se, fundamentalmente, aos pressupostos e procedimentos relativos à sua formação. Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo do ato, originando-se de um conflito com princípios estabelecidos na Constituição.

Diante desse panorama, e com vistas ao maior julgamento ocorrido originariamente no Supremo Tribunal Federal, o qual teve como objeto de persecução penal um grande e complexo esquema de compra de votos (apoio político) denominado “mensalão” (Ação Penal n.º 470/MG), o qual tinha como objetivo votar nas deliberações legislativas conforme os interesses do governo ou conforme o sentido previamente determinado, o renomado constitucionalista Pedro Lenza², começou a levantar a hipótese de se reconhecer a inconstitucionalidade dos atos normativos oriundos de processos legislativos que tenha havido participação de Parlamentares corruptos.

Nas palavras do citado autor³, defendendo tal possibilidade:

Entendemos que sim, e, no caso, trata-se de vício de decoro parlamentar, já que, nos termos do art. 55, § 1º, ‘é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

Esclareça-se que decoro parlamentar representa o conjunto de regras balizadoras da

¹ MENDES, Gilmar apud FRANÇA JÚNIOR, Fausto F. de. *A inconstitucionalidade por fraude ao regime democrático de norma aprovada por parlamento subornado. Âmbito Jurídico*, Out. 2007. Acesso em: 10 abr 2018.

² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 300.

³ Ibid, p. 301.



atuação dos parlamentares, pautada principalmente na ética, na moralidade, na boa-fé, que deve ser por eles observadas até mesmo quando dissociados do Poder Legislativo para o desempenho de cargo no Poder Executivo⁴. Ressalte-se que sequer deveria tal modo de atuação estar expressamente previsto na Carta Magna, pois é o mínimo que se espera de quem quer que seja nomeado para representar os interesses da sociedade. Aliás, à guisa de complementação, no Dicionário Online⁵, um dos significados da palavra “vício” é “Defeito; incorreção observada em algo ou alguém: vício de formação”, e da palavra “decoro” é “Dignidade; respeito às normas morais” ou “Moralidade; maneira de agir ou de falar que denota pudor, resguardo”, duas palavras que jamais, em tempo algum, podem estar de alguma forma conectadas entre si.

Percebe-se, portanto, não ser possível de antemão subsumir a recente hipótese de vício de inconstitucionalidade como uma das mencionadas alhures, uma vez que, em princípio, não há qualquer mácula inserta no devido processo legislativo, assim como ao seu fim, a lei pode estar em perfeita consonância com a Constituição Federal, sendo até mesmo de interesse público, por exemplo, a aprovação legislativa mais importante, fruto da negociata do então governo com o certos integrantes do Congresso Nacional à época foi a Emenda Constitucional n. 41 (Reforma da Previdência).

A dificuldade decorre, principalmente, porque o assinalado vício faz-se presente no âmago do Parlamentar quando da sua atuação típica, isto é, em meio às deliberações no decorrer da produção do ato, o seu consentimento para votar encontra-se influenciado pela “vantagem indevida” percebida, o que se dispôs a condicionar para votar sob certa determinação.

Em outras palavras, a motivação do ato do Parlamentar corrupto não é de representatividade popular, mas interesse íntimo e escusos, consubstanciados no recebimento de vantagens ilícitas para votar a favor de projetos encomendados⁶.

Não obstante, a melhor colocação seria no sentido de ser o vício em estudo de natureza *formal*, sob o argumento principal de que se corpo Legislativo não estivesse corrompido, a deliberação, ao menos em tese, seria válida (desde que, por certo, não seja materialmente inválida). Trata-se, no caso (infelizmente), de uma forma de exclusão para averiguação da regularidade da deliberação.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n° 25.579 MC*, rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=482004>>. Acesso em: 15 abr 2018.

⁵ DICIO. *Dicionário Online de Português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/vicio/>> e <<https://www.dicio.com.br/decoro/>>. Acesso em: 14 abr 2018.

⁶ CARVALHO, Emmanoel Ferreira. *Controle judicial de constitucionalidade por vício de decoro parlamentar: o caso mensalão*. In: *Âmbito Jurídico*, Abr. 2013. Acesso em: 14 abr 2018.



Nesse sentido é a orientação de Fausto F. de França Júnior⁷, ao discorrer sobre este ponto e, em seguida, ilustrando com um exemplo elucidativo:

ou seja, o só fato da corrupção do Parlamento não afeta o plano da constitucionalidade material da norma, isto porque o tema de fundo poderá versar sobre questão perfeitamente compatível com a Constituição. Se houver incompatibilidade material, aí a questão é outra. Exemplificando o problema, imagine-se uma hipótese na qual o Executivo encaminhasse um projeto de lei concedendo aumento a uma categoria profissional de servidores públicos, cujo projeto atendesse a todos os requisitos orçamentários e constitucionais para a sua aprovação. Imagine-se ainda que o Sindicato respectivo temendo a não aprovação, corrompesse porção relevante do Parlamento. Na hipótese, se não houvesse a corrupção, o processo legislativo seria perfeitamente válido.

Assim, a partir da corrupção do integrante do Parlamento para o fim de votar mais em razão do recebimento da vantagem indevida, do que de acordo com a sua convicção e segundo o interesse de seu eleitorado, ele próprio passa a ser integrante de um processo legislativo que o inválido. Deixa de ser um devido processo, na medida em que acarreta numa fraude à competência legiferante conferida ao Parlamento.

Desta forma, denota-se de tal malfadado atuar de Parlamentares que se deixam corromper, uma manifesta afronta à soberania popular e à democracia indireta, na medida em que ao atender aos próprios interesses escusos, deixam de exercer o seu cargo de acordo com os interesses daqueles que optaram por elegê-lo para no Congresso Nacional representá-los, bem como, e principalmente, agride à moralidade, um dos princípios norteadores da atuação de toda a Administração Pública, a matriz político-constitucional do Estado (princípio republicano).

Sob esses fundamentos, e diante do resultado do julgamento da Ação Penal nº 470/MG, foram ajuizadas as ADIs n.ºs 4.887, 4.888 e 4.889, pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL, Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB e pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, respectivamente, todas com a pretensão de ver expurgada do ordenamento jurídico pátrio a mencionada EC nº 41/2003 (Reforma da Previdência), sob a alegação de aprovação mediante compra de voto de parlamentares, liderados por réus condenados no “mensalão”⁸, estando todas pendentes de julgamento.

Impõe-se mencionar que há orientação antiga do próprio Supremo Tribunal Federal no sentido de que “o juízo de constitucionalidade não incide sobre os motivos subjacentes à

⁷ FRANÇA JÚNIOR, op. cit. p. 3.

⁸ LENZA, op. cit. p. 3.



formulação do ato estatal”⁹. Nesse caso, o Pretório Excelso entendeu que não seria possível exercer juízo de constitucionalidade, em sede de controle concentrado, de portarias ministeriais a partir de “consideranda” do ato estatal, o que por certo não se assemelha, nem de longe, ao caso que aqui está sendo abordado.

Essa antiga orientação poderia sugerir que corrupção de um parlamentar não seria juridicamente relevante (do ponto de vista do processo legislativo estrito) para a realização do controle de constitucionalidade. Todavia, tendo em vista o atual contexto político e constitucional que é vivenciado e presenciado pela sociedade brasileira (notadamente em razão de diversos escândalos que vêm à tona), essa orientação será desafiada¹⁰.

2. MARCO PARA SER CONSIDERADO EXISTENTE O VÍCIO DE DECORO PARLAMENTAR

Segundo extraído do capítulo anterior, em síntese, uma norma é considerada válida quando encontra-se compatível com o ordenamento jurídico, tanto do ponto de vista do procedimento de sua elaboração (compatibilidade formal), como em razão das normas constitucionais e legais pertinentes (compatibilidade material). O que importa, no caso, é especificamente no que tange ao processo legislativo, tendo em vista que, conforme mencionado às linhas acima, a eventual inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar adequa-se mais à modalidade formal.

O processo legislativo consiste nas regras procedimentais, constitucionalmente previstas, para elaboração das espécies normativas, regras estas a serem criteriosamente observada pelos “atores” envolvidos no processo¹¹.

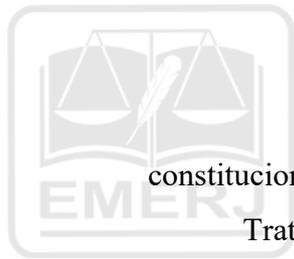
Em regra, o devido processo legislativo brasileiro possui três fases a serem observadas para a elaboração do ato normativo: a fase de iniciativa, a fase constitutiva e a fase complementar.

Ultrapassada a fase de iniciativa, isto é, feito o projeto de lei por quem tem legitimidade (competência) para a sua iniciativa e devidamente aprovado nas comissões, de acordo com as regras estabelecidas no Texto Constitucional, ele será discutido, votado e, eventualmente, aprovado pelas Casas parlamentares (em razão do bicameralismo adotado pelo ordenamento

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 432*, Relator. Min. Celso De Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266353>>. Acesso em 14 abr 2018.

¹⁰ QUINTAS, Fábio Lima. *Corrupção no processo legislativo torna a lei inconstitucional?*. Consultor Jurídico.

¹¹ LENZA, op. cit. p. 3.



constitucional).

Trata-se, neste momento, do início da fase constitutiva, ocasião em que ocorre a *deliberação parlamentar*. Vale mencionar que não necessariamente a deliberação ocorre no Plenário da Casa Legislativa. Isso, porque, o art. 58, § 2º, inciso I, da Constituição Federal¹² permite às comissões a votação de projeto de lei que dispensar, na forma do respectivo regimento, a competência do Plenário, ressalvada a possibilidade de recurso de um décimo dos membros da casa¹³.

Ultrapassada as eventuais discussões, seja em sede de comissão, seja em Plenário, passa-se à votação, isto é, para aprovação ou não do ato normativo, desde que observado o quórum de instalação da sessão, bem como o quórum para sua aprovação.

Oportuno mencionar que, à luz do Regimento Interno da Câmara dos Deputados¹⁴ (arts. 186 e 188), a votação poderá ser ostensiva, adotando-se o processo simbólico (que, para aprovar a matéria, os parlamentares permanecerão sentados, levantando-se apenas os que votarem pela rejeição) ou nominal, ou, então, por escrutínio secreto, por sistema eletrônico ou cédulas, conforme a matéria a ser deliberada. Mas, em regra, adota-se a votação ostensiva para as proposições em geral, notadamente as para aprovação ou não de leis ou emendas à constituição, homenageando-se, assim, o princípio da publicidade e transparência (Princípio Republicano).

E é neste momento que ocorre o desacerto do devido processo legislativo, isto é, quando o parlamentar participante externa o seu voto, não de acordo com as suas livres convicções políticas ou ideológicas, ou tampouco a partir do sentimento de estar representando seus eleitores, mas sim, por razões inescrupulosas decorrente de recebimento ou promessa de recebimento de vantagens econômicas ilícitas, sucumbindo às mazelas da corrupção.

Não se pode deixar de registrar que, no âmbito da ADI n.º 4.887/DF¹⁵, mais precisamente no parecer m.º 10.323-RG (fls. 18, item 27) exarado pela Procuradoria Geral da República, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade com base na presente conjuntura abordada foi expressamente admitida, tendo, inclusive a denominada como “vício

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 19 set 2018.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 482.

¹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Regimento interno da Câmara dos Deputados* [recurso eletrônico]: aprovado pela Resolução n.º 17, de 1989, e alterado até a Resolução n.º 20, de 2016. – 18. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017. – (Série textos básicos; n. 141 PDF), p. 63-64. Acesso em: 19 set 2018.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI n.º 4.887/DF*, Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24191062/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4887-df-stf>. Acesso em 19 set 2018.



na formação da vontade no processo legislativo”. Nele, a Procuradoria Geral da República foi firme em asseverar a violação aos princípios democráticos e do devido processo legislativo, ensejando, invariavelmente, a inconstitucionalidade do ato normativo.

Não obstante, como já foi aludido, o vício no processo legislativo se dá no íntimo do parlamentar, no âmbito de sua consciência, de modo que a declaração de inconstitucionalidade do ato fruto de uma votação contaminada depende da comprovação do corrompimento congressista.

Para tanto, por estar envolvido uma espécie de prática criminosa (concessão, art. 316 do Código Penal; ou corrupção passiva, art. 317, do mesmo diploma penal¹⁶), é preciso que haja uma persecução criminal pelo Poder Judiciário, sobretudo por envolver extensa e criteriosa instrução probatória, com o necessário respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, para que se chegue o mais próximo possível da verdade real. A necessidade de um processo criminal para tal apuração decorre da impossibilidade de ser feita em meio aos trâmites das ações diretas de inconstitucionalidade, por se tratar de um processo objetivo, ou seja, não se admite dilação probatória.

Nessa toada, evidencia-se a imperiosa obrigação de ser comprovado na esfera criminal as práticas criminosas dos Parlamentares envolvidos para que então passe a se vislumbrar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo vício de consentimento sufragado durante o processo legiferante de criação e aprovação de lei. Tal sistemática vai ao encontro do ocorrido na Ação Penal nº 470/MG¹⁷, ocasião justamente em que se começou a ser ventilada tal hipótese, conforme já mencionado anteriormente.

Tem-se, assim, uma necessária interdisciplinaridade entre as esferas e ramos do direito, que, a partir de seu diálogo, será direcionada para expurgar, tanto o parlamentar imoral do ambiente ao qual não condiz com suas práticas, quanto o ato normativo viciado, mas sem se olvidar do inarredável princípio da segurança jurídica, tendo em vista que uma lei oriunda do Congresso Nacional tem eficácia em todo o território nacional.

Questão que surge desse referido diálogo, é a partir de que momento do processo penal é que poderá ser considerado para fins de eventual reconhecimento de inconstitucionalidade, isto é, a partir do trânsito em julgado ou, se já com a condenação por um órgão colegiado, na linha da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

¹⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 19 set 2018.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Ação Penal nº 470/MG*, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, j. 17/12/2012). Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 07 set 2018.



acerca da execução provisória da pena. Tal indagação será analisada no capítulo seguinte ao explicar os requisitos objetivos para o reconhecimento do vício de consentimento, e a influência direta ou não na atividade legiferante, fraudando-a e acarretando a inconstitucionalidade de seu provimento.

Em síntese, tem-se que, apesar do momento em que a prática do Parlamentar torna o processo legislativo viciado ser perfeitamente definível, não é lícito submeter uma lei ao crivo do controle concentrado de constitucionalidade tendo como causa de pedir sua invalidação pela quebra de decoro parlamentar sem que antes tenha havido um procedimento formal garantindo o contraditório do parlamentar¹⁸. Trata-se de manifestação do Princípio da Presunção de Inocência e/ou Não Culpabilidade do ramo do direito processual penal previamente aplicado ao direito constitucional.

3. REQUISITOS OBJETIVOS PARA O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO NORMATIVO

Dois requisitos objetivos são necessários para perquirir a possibilidade ou não de reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo fruto de um processo legislativo contaminado por corrupção ou concussão dos integrantes do Congresso Nacional, quais sejam, (I) o trânsito em julgado da condenação que comprova a prática nefasta do parlamentar e (II) se um número qualquer de parlamentares já é suficiente para reconhecer a inconstitucionalidade ou se somente em número tal que se desconsiderado não haveria a aprovação.

No que tange ao primeiro requisito, com a atual orientação dos Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca do cumprimento provisório da pena a partir do esgotamento das instâncias ordinárias, surge a dúvida a respeito de qual momento já é possível ser considerado para fins de reconhecimento ou não da inconstitucionalidade do ato que inovou à ordem jurídica brasileira.

Considerando as razões pelas quais se passou a admitir o cumprimento provisório da pena a partir da condenação em segunda instância, sobretudo em relação ao argumento de que não há mais a análise probatória no âmbito dos Tribunais Superiores, isto é, quanto aos fatos imputados ao réu não se pode mais haver valoração (conforme orientação do Enunciado de

¹⁸ NASCIMENTO, Vinícius Marques do. *A Possibilidade da declaração de inconstitucionalidade da lei por vício de decoro parlamentar*. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, no 1194. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3742/a-possibilidade-declaracao-inconstitucionalidade-lei-vicio-decoro-parlamentar>> Acesso em: 07 set 2018.



Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”), percebe-se, portanto, que já é possível que seja considerado para fins de análise da eventual inconstitucionalidade do ato normativo que for impugnado sob tal fundamento. Em outras palavras, não há a necessidade de haver o trânsito em julgado do processo criminal para que possa ser levado em consideração os fatos nele comprovados no processo de controle abstrato no âmbito Supremo Tribunal Federal. Isso, porque, a comprovação do vício volitivo representativo do parlamentar já estará sobejamente comprovada e discutida na seara judicial destinada para tanto, bem como com a observância de todas as garantias constitucionais.

Comprovado, então, a “venda” de seu mister no parlamento, compete verificar se o fato de um ou alguns destes que tenham sucumbido já teria o condão de declarar a inconstitucionalidade do ato normativo manchado, ou, somente em número suficiente para ser revertido o quórum de aprovação.

No teor do já mencionado parecer da Procuradoria Geral da República exarado nos autos da ADI n.º 4.887/DF¹⁹, em que pese ter sido adotada a tese de inconstitucionalidade por “vício na formação da vontade no processo legislativo” (denominação utilizada na oportunidade), isto é, reconhecendo-se que o processo não correu de acordo com a lisura que demanda, opinou-se no sentido de ser a ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, sob o fundamento de que os parlamentares que comprovadamente receberam vantagens para votar em determinada forma a convergir com os anseios do então governo foi em número insuficiente para ser revertida a aprovação (da Emenda Constitucional n.º 41/2003 – que vale lembrar possui quórum qualificado).

Considerando a sua didática, mostra-se oportuna a transcrição do trecho do parecer emitido pela PGR²⁰ nos autos da mencionada Ação Penal n.º 470/MG, na qual foram condenados sete parlamentares em razão da sua participação em esquema de compra e venda de votos e apoio político para o governo:

Ocorre que, por força desses mesmos princípios, bem como em razão da garantia constitucional de presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CR), é indispensável que haja a comprovação da maculação da vontade de parlamentares em número suficiente para alterar o quadro de aprovação do ato normativo, o que não ocorre na hipótese ora analisada. (...) Não se pode presumir, sem que tenha havido a respectiva condenação judicial, que outros parlamentares foram beneficiados pelo esquema e, em troca, venderam seus votos para a aprovação da EC 41/2003. (...) Assim, mesmo

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. op. cit. p. 8.

²⁰ NASCIMENTO, op. cit. p. 7.



com a desconsideração dos votos dos sete deputados condenados, os dois turnos de votação da emenda constitucional na Câmara dos Deputados superam o quorum qualificado exigido pela Constituição para sua aprovação (fls. 19 do parecer/MPF).

Nesse sentido, inclusive, é o magistério do renomado Professor Luis Flávio Gomes, que já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema²¹:

Não se sabe quantos parlamentares foram “comprados”. Esse dado é muito relevante. Note-se que a aprovação se deu por margem muito grande. Era preciso verificar quantos foram “comprados” e quantos foram “válidos” (indiscutivelmente). Não há notícia de que muitos tenham sido “comprados”. Logo, mesmo excluindo os parlamentares venais, ao que tudo indica, continua havendo quórum amplo suficiente para a aprovação. Nós não julgaríamos inconstitucional a EC 41 sem a comprovação numérica dos parlamentares que aprovaram a emenda ganhando dinheiro “por fora”.

Portanto, verifica-se que a melhor orientação, a que homenageia principalmente a segurança jurídica, é no sentido de que a eventual declaração de inconstitucionalidade de uma lei (em sentido amplo) resultante de um processo legislativo corrompido, dependa da comprovação de que os corruptos sejam em números tais que, se retirados, influenciariam diretamente na contagem dos votos para a aprovação do respectivo ato inovador do mundo jurídico.

Não obstante esta ser, *data venia*, a melhor orientação, sobretudo por valer-se de um critério objetivo, não se pode olvidar que a depender da amplitude de eventual esquema de corrupção, ainda que os que foram comprovadamente sejam um número reduzido de corruptos, pode ser que eles sejam líderes de bancadas no Congresso Nacional, ou até mesmo presidentes de partidos políticos, os quais, por certo, teriam a capacidade de influenciar outros tantos políticos que sequer tenham participado diretamente de qualquer estratégia de “compra de votos”. Isso, pois, deduz-se que a atenção do corruptor se volta para peças importantes no jogo político nacional, de modo que o “investimento traga resultados”, logo, busca-se de maneira estratégica aqueles que possam influenciar diretamente e no maior número possível de colegas nas deliberações legislativas.

Aliás, nesse sentido de uma contaminação mais abrangente do procedimento parece poder ser extraído do julgamento da Ação Penal n.º 470 que, ao identificar os focos do esquema, reconheceu a capacidade de manipulação, sugerindo-se uma “contaminação” mais avassaladora²². Nesse sentido, vale a transcrição de parte da ementa referente à mencionada ação penal²³:

²¹ GOMES apud CARVALHO, op. cit. p. 3.

²² LENZA, op. cit. p. 3.

²³ Supremo Tribunal Federal, op. cit. p. 9.



Parlamentares beneficiários das transferências ilícitas de recursos detinham poder de influenciar os votos de outros parlamentares de seus respectivos partidos, em especial por ocuparem as estratégicas funções de Presidentes de partidos políticos, de líderes parlamentares, líderes de bancadas e blocos partidários. Comprovada a participação, no recebimento da propina, de intermediários da estrita confiança dos parlamentares, beneficiários finais do esquema. Depoimentos e recibos informais apreendidos no curso das investigações compõem as provas da prática criminosa.

Desta forma, percebe-se que apesar da opção por um critério objetivo, o que acarretaria maior segurança jurídica quando da avaliação do cenário, não se pode tapar os olhos para a pessoa do envolvido, uma vez que este pode ter poder de influência sobre outros tantos que sequer venham a participar de qualquer diagrama corruptivo, mas com ele acaba contribuindo, e, por conseguinte, atentando contra a lisura do processo legislativo de maneira implícita e mediata.

CONCLUSÃO

Conforme exposto no decorrer do trabalho, a novel espécie de inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar ainda carece de maiores estudos acadêmicos, notadamente acerca de sua natureza jurídica, bem como de posições a serem adotadas pelos Tribunais e Cortes Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal. Aliás, aguarda-se a manifestação quanto ao assunto quando do julgamento das Ações Direta de Inconstitucionalidade mencionadas.

Entrementes, é curial mencionar que já houve decisão judicial, mais especificamente no Tribunal de Justiça de São Paulo, por via de exceção reconhecendo a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 41, que, conforme já aludido, tratou da reforma da previdência, tudo com base na condenação pela Suprema Corte no caso mensalão, sob o fundamento principal de que a reforma foi fruto não da vontade parlamentar, mas da compra de votos. Todavia, deve-se ter em mente que referida decisão fora tomada em controle difuso de constitucionalidade, de modo que os efeitos dela decorrentes apenas repercutiu para as partes do processo julgado (efeito *inter partes*).

Não obstante, é evidente que a doutrina tem se debruçado sobre o assunto ora em voga, o que denota uma importância ímpar diante da atual conjuntura do país, vítima de diversos esquemas de desvios de recursos públicos, justamente daqueles que receberam a incumbência de zelar pelos seus representados.

Com efeito, não só pode, como tem o dever de agir o Poder Judiciário quando estiver



devidamente caracterizado o vício de decoro parlamentar, de modo evitar, ou então, extirpar do ordenamento eventual ato normativo viciado, cabendo de preferência ao Supremo Tribunal Federal fazê-lo, diante da sua atuação precípua de proteção da Constituição Federal e, por corolário lógico, do ordenamento jurídico considerado como um todo, bem como por razões de segurança jurídica, tendo em vista o efeito vinculante de suas decisões.

Assim, portanto, superando o dogma de que as motivações legislativas não são judicializáveis, já não era sem tempo a criação de um mecanismo jurídico capaz de inibir eventuais desvios de poder e/ou de conduta ocorridos quando do exercício da atividade legiferante pelos integrantes do Parlamento Nacional, permitindo-se garantir a soberania popular e a democracia indireta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Regimento interno da Câmara dos Deputados* [recurso eletrônico]: aprovado pela Resolução nº 17, de 1989, e alterado até a Resolução nº 20, de 2016. – 18. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017. – (Série textos básicos; n. 141 PDF).

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

_____. *Decreto-Lei nº 2.848* de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal, *Ação Penal nº 470/MG*, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, j. 17/12/2012).

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 432*, Relator. Min. Celso De Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266353>>.

_____. Supremo Tribunal Federal, *ADI n.º 4.887/DF*, Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24191062/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4887-df-stf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS n.º 25.579 MC*, rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=482004>>.

CARVALHO, Emmanoel Ferreira. *Controle judicial de constitucionalidade por vício de decoro parlamentar: o caso mensalão*. In: *Âmbito Jurídico*, Abr. 2013. Acesso em: 14 abr 2018.

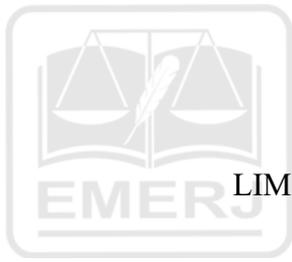
DICIO. *Dicionário Online de Português*. <<https://www.dicio.com.br/vicio/>> e <<https://www.dicio.com.br/decoro/>>. Abr. 2013. Acesso em: 14 abr 2018



FRANÇA JÚNIOR, Fausto F. de. *A inconstitucionalidade por fraude ao regime democrático de norma aprovada por parlamento subornado*. In: *Âmbito Jurídico*, Out. 2007. Acesso em: 14 abr 2018.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



LIMITAÇÕES À EFICÁCIA DAS DECISÕES NAS AÇÕES COLETIVAS

Luís Henrique Linhares Zouein

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – O surgimento de novas categorias de direitos materiais exigiu que o processo civil fosse remodelado para atender adequadamente às necessidades da sociedade pós-industrial. Contemporaneamente, o tema da coisa julgada é um dos mais polêmicos de todo o exame da tutela coletiva. O objetivo do presente trabalho é analisar o campo semântico dos dispositivos legais que regulam a matéria, bem como possível âmbito de incidência e constitucionalidade, à luz dos fundamentos suscitados pela doutrina e, em paralelo, ao desenvolvimento histórico da jurisprudência pátria acerca do assunto.

Palavras-chave – Direito Processual Coletivo. Direito Processual Civil. Direitos e garantias fundamentais. Tutela coletiva. Direitos coletivos. Coisa julgada.

Sumário – Introdução. 1. Coisa julgada: qualidade ou eficácia? Da imprecisão terminológica do legislador e o dever democrático do hermenêuta de superá-la. 2. Da impossibilidade ontológica de limitar territorialmente aquilo que é transindividual e indivisível por definição. 3. Da (in)constitucionalidade dos artigos 16 da LACP e 2-A da Lei nº 9.494/97. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O sistema processual civil brasileiro por muito tempo foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. Não se previam instrumentos, seja para a tutela coletiva desses direitos, salvo mediante a limitada fórmula do tradicional litisconsórcio ativo (art. 113 do CPC), seja para a tutela de direitos transindividuais, de titularidade indeterminada, como são os denominados difusos e coletivos.

Ocorre que a sociedade atual caracteriza-se por uma profunda e substancial alteração no perfil dos direitos desde sempre conhecidos, reconhecendo-se aqueles tipicamente vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada, pertencentes não mais ao indivíduo, considerado como tal, mas sim a toda coletividade (como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – art. 225 da CRFB - e os direitos dos consumidores – art. 5º, inciso XXXII, da CRFB).

O surgimento dessas novas categorias de direitos exigiu que o processo civil fosse remodelado para atender adequadamente às necessidades da sociedade contemporânea, mesmo porque o risco de lesões que afetem simultaneamente inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas constitui fenômeno cada vez mais frequente.



Portanto, com o aparecimento de normas de direito material decorrentes dos novos bens jurídicos ameaçados, foi preciso desenvolver mecanismos correspondentes de natureza processual para operacionalizar sua defesa em juízo. A estrutura procedimental, moldada para atender demandas entre partes determinadas e identificadas, em conflitos tipicamente individuais, já não espelha a realidade do sistema processual civil.

Foram as diversas modificações legislativas, ocorridas principalmente a partir de 1985, a começar pela Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), que alteraram de modo substancial, não apenas o então vigente Código de Processo Civil de 1973, mas o próprio sistema processual nele consagrado.

Foi com a Constituição de 1988, contudo, que a revolução atingiu seu ápice, com a previsão de um verdadeiro sistema de direitos e garantias fundamentais, encontrando fundamento último na dignidade humana (art. 1º, inciso III). A transformação do Estado e a evolução da sociedade fizeram surgir novas situações tuteláveis, bem como a necessidade da criação de instrumentos aptos a assegurar sua proteção, afinal, o reconhecimento e a declaração de um direito no texto constitucional são insuficientes para assegurar sua efetividade.

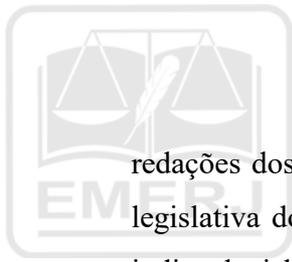
Assim é que se conceberam as chamadas “ações coletivas”, que promoveram no Brasil a “segunda onda renovatória de acesso à Justiça”, de acordo com a célebre doutrina de Mauro Cappelletti, especificamente desenvolvidas para a proteção desses direitos transindividuais, bem como dos direitos individuais que podem ser lesados em massa.

Trata-se de subsistema com objetivos próprios (a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos), que são alcançados à base de instrumentos próprios e fundados em princípios e regras próprios, o que confere ao processo coletivo uma identidade bem definida no cenário processual.

A diferenciação de procedimentos é indispensável em um ordenamento jurídico empenhado em viabilizar a todos o acesso ao Poder Judiciário. O direito de ação deve, necessariamente, contar com procedimento e técnicas processuais idôneas à particular tutela do direito substancial.

Mas, sem a tradição dos mecanismos de tutela individual dos direitos subjetivos, os instrumentos de tutela coletiva, trazidos por leis extravagantes, ainda passam por fase de adaptação e de acomodação, suscitando, por isso mesmo, muitas controvérsias interpretativas, como a que será aqui enfrentada.

Contemporaneamente, o tema da coisa julgada diante das ações coletivas é um dos mais complexos e polêmicos de todo o exame da “tutela coletiva”, em especial com as atuais



redações dos artigos 16 da LACP e 2-A da Lei nº 9.494/97. Ambos foram obras da atuação legislativa do Poder Executivo Federal, por meio de Medidas Provisórias, que, ao que tudo indica, legislou em causa própria, com o propósito de enfraquecer tal instrumento jurídico.

A doutrina, desde então, derramou litros de tinta, suscitando desde a inaplicabilidade até a inconstitucionalidade, formal e material, dos referidos dispositivos, pelos mais diversos (e alguns deles desesperados) fundamentos. Os Tribunais, inclusive superiores, por sua vez, inicialmente, aplicaram indistinta e acriticamente as regras, ignorando as mais qualificadas vozes que contra elas se levantavam.

O objetivo do presente trabalho é, inicialmente, analisar o campo semântico da norma. Em seguida, seu possível âmbito de incidência. Por fim, a constitucionalidade dos dispositivos legais, realizando um cotejo entre objeto e parâmetro, à luz dos mais diversos argumentos e fundamentos suscitados pelos cientistas jurídicos e, em paralelo, ao desenvolvimento histórico da jurisprudência pátria acerca do tema.

1. COISA JULGADA: QUALIDADE OU EFICÁCIA? DA IMPRECISÃO TERMINOLÓGICA DO LEGISLADOR E O DEVER DEMOCRÁTICO DO HERMENEUTA DE SUPERÁ-LA

Entende-se legislativamente por coisa julgada material “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (art. 502 do CPC¹). A coisa julgada não é, portanto, conforme há muito ensina Enrico Tullio Liebman, um efeito da sentença, mas a qualidade ou autoridade que recobre seus efeitos e os torna imutáveis e indiscutíveis,² sendo tal instituto um dos aspectos mais relevantes na distinção entre tutela coletiva e individual.

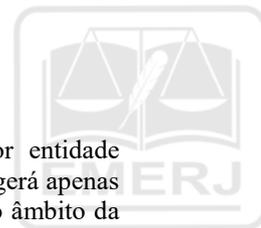
Ocorre que, segundo o art. 16 da Lei nº 7.347/85³, na ação civil pública, a sentença: fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A presente redação do dispositivo legal decorreu da famigerada Lei nº 9.494/97⁴, flagrantemente criada para a defesa de interesses fazendários,⁵ que, por sua vez, tem norma específica trazendo semelhante limitação, nos termos de seu art. 2-A:

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 341.

³ 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: 16 out. 2018.



A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

E completa o parágrafo único:

Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Interpretação literal e conjunta dos dispositivos sugere que a coisa julgada, no âmbito da tutela coletiva, estaria circunscrita a um determinado espaço físico. Como se percebe, essa previsão, em sua literalidade, é incompatível com a regência da coisa julgada. Esta, conforme afirmado, representa a qualidade de indiscutibilidade de que se reveste o efeito declaratório da sentença de mérito. Não se trata de um efeito, mas de uma qualidade que se agrega a certo efeito. Pensar que uma qualidade de determinado efeito só existe em porção do território, afirmam Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁶, seria o mesmo que dizer que uma fruta só é vermelha em certo lugar do país.

O que os dispositivos, evidentemente, objetivam é limitar a eficácia subjetiva da sentença (e não da coisa julgada). Há, portanto, equívoco legislativo. Confundiram-se limites subjetivos da coisa julgada, matéria efetivamente tratada na norma (como produto da interpretação), com jurisdição e competência.

Aqui, é preciso recorrer aos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho⁷ quando afirma que não devemos esperar do legislador a edificação de um sistema logicamente bem construído, harmônico e cheio de sentido. Essa tarefa difícil está reservada, única e exclusivamente, ao cientista, munido de seu instrumental epistemológico, transformando a multiplicidade caótica de normas numa construção congruente. A interpretação, muitas vezes, não poderá ser literal, sob pena de se construir um sistema jurídico verdadeiramente esquizofrênico.⁸

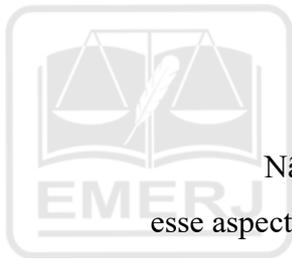
⁴ BRASIL. *Lei nº 9.494/97, de 10 de setembro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9494.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁵ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil refém do autoritarismo*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9171-9170-1-PB.htm>>. Acesso em: 13 set. 2018.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 522.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 219.

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 530.



Não merece prosperar, portanto, a ideia⁹ de que o dispositivo, exclusivamente por esse aspecto, seria ineficaz, já que decorrente de mera confusão conceitual.

Em outras palavras, o que desejou o Presidente da República, com a chancela do Congresso Nacional, foi reduzir ou limitar quem seria beneficiado por eventuais decisões proferidas no âmbito da tutela coletiva (eficácia subjetiva da sentença), único meio de, em respeito ao princípio democrático, conferir algum sentido aos dispositivos legais.

O leitor mais atento, contudo, já pôde perceber que a problemática trazida pelos artigos ora objetos de análise se desenvolve para muito além de atecnicas legislativas e confusões conceituais, conforme se verá no próximo tópico. Afinal, como conciliar eventuais limitações subjetivas ou territoriais à eficácia de decisões judiciais com a própria ontologia dos direitos essencialmente coletivos?

2. DA IMPOSSIBILIDADE ONTOLÓGICA DE LIMITAR TERRITORIALMENTE AQUILO QUE É TRANSINDIVIDUAL E INDIVISÍVEL POR DEFINIÇÃO

Nos termos do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁰, existem três diferentes espécies de direitos tutelados pelo microsistema coletivo em geral, e pela ação civil pública em especial. São eles: a) os direitos difusos; b) os direitos coletivos em sentido estrito; c) os direitos individuais homogêneos (também denominados “individuais de massa”).

Os direitos difusos, com fundamento no art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC, são os direitos subjetivamente transindividuais, de natureza materialmente indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas por circunstâncias de fato.

Os direitos coletivos em sentido estrito, por sua vez, nos termos do inciso seguinte, são os direitos igualmente transindividuais e de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas (embora determináveis), ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Como se percebe, os direitos difusos e coletivos (em sentido estrito) são tipicamente transindividuais, não pertencendo a indivíduo determinado. Outrossim, são caracterizados por sua natureza indivisível. São direitos “essencialmente coletivos”, nas clássicas lições de

⁹ Sustentando a ineficácia da referida limitação, dentre outros motivos, ante a atecnia legislativa: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. V. 4. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 468.

¹⁰ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.



Barbosa Moreira, sempre citado pela melhor doutrina.¹¹ Por isso inconcebível a limitação da tutela oferecida a estes direitos a certos parâmetros territoriais.

A própria indivisibilidade do direito transindividual demonstra a incompatibilidade lógica e ontológica de limitação territorial com essas espécies de direitos. Basta imaginar um direito difuso, de toda a coletividade (como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – art. 225 da CRFB¹²), sendo limitado a apenas um determinado território (em decisões proferidas em processos coletivos decorrentes da tragédia de Mariana/MG, por exemplo), o que feriria de morte a própria ideia de indivisibilidade que é essencial aos direitos transindividuais.

Quanto a esses, portanto, não tem o legislador condições de controlar os limites em que se farão sentir os efeitos de um provimento. Pode-se disciplinar os limites objetivos da coisa julgada, mas jamais será possível dizer, antecipadamente, quem ou que situação será atingida pelos efeitos do provimento.

O direito, já dizia Eros Grau¹³, deve ser interpretado “inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.”

Ocorre que os direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC) são, em verdade, direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos específicos. A qualificação de homogêneos não altera essa natureza.¹⁴ São, portanto, o conjunto de diversos direitos subjetivos individuais que, embora pertencendo a pessoas distintas, têm a assemelhá-los uma origem comum, o que lhes dá um grau de homogeneidade, uma relação de afinidade, suficiente a ensejar sua defesa coletiva¹⁵.

Resta claro que não são transindividuais e, tampouco, indivisíveis. Tanto que a proteção pode se dar ou por tutela coletiva ou por tutela individual com formação de litisconsórcio.

Perceba-se, inclusive, que homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 403.

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 543.974/MG*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo548.htm>>. Acesso em: 16 out. 2018.

¹⁴ Em sentido oposto, sustentando serem os direitos dessa natureza essencialmente coletivos: DIDIER JR., opus citatum, p. 475.

¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 19.



medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (margem de heterogeneidade).¹⁶

Diferentemente dos direitos transindividuais, a pluralidade nos direitos individuais homogêneos não é somente dos sujeitos (que são indivíduos determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas.

Em outras palavras, os direitos homogêneos são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural, mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais.

Direitos ou interesses coletivos (em sentido amplo) e direitos individuais homogêneos constituem, portanto, categorias ontologicamente diferenciadas.

Assim, a afirmação de Barbosa Moreira¹⁷ segundo o qual os direitos individuais homogêneos podem ser classificados como “acidentalmente coletivos” deve ser entendida com reservas. É classificação decorrente não de um enfoque material do direito, mas sim de um ponto de vista processual. O “coletivo” diz respeito apenas ao modo como aqueles direitos podem ser tutelados.

Tais afirmações são reforçadas pelas lições de Teori Zavascki¹⁸ quando afirma que não se deve confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos (individuais). Tal distinção, inclusive, dá nome a sua mais célebre obra: “Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos”.

Portanto, os direitos individuais homogêneos caracterizam-se por serem direitos típica e fundamentalmente individuais. Trata-se de simples opção legislativa, no sentido de otimizar a resposta jurisdicional que se oferece a situações de direitos individuais de massa.

Sendo assim, em mais uma esforço hermenêutico, somente é possível conferir algum sentido e aplicabilidade ao texto legal no âmbito dos direitos individuais homogêneos, interpretando o art. 16 da LACP à luz do art. 2-A da Lei nº 9.494/97. Afinal, nesse caso, o objeto do litígio são direitos individuais e divisíveis, formados por uma pluralidade de relações jurídicas autônomas, que comportam tratamento separado, sem comprometimento de sua essência material.

¹⁶ *Ibidem*, p. 152.

¹⁷ *Ibidem*, p. 53.

¹⁸ *Ibidem*, p. 38.



Ressalte-se, por lealdade acadêmica, que já houve (hoje absolutamente superada) corrente, capitaneada por Ada Pellegrini Grinover¹⁹, em que se sustentava a aplicabilidade/incidência do art. 16 da LACP somente aos direitos difusos e coletivos. Isso porque a Lei nº 7.347/85 só disciplinaria a tutela jurisdicional destes. A criação da categoria dos interesses individuais homogêneos seria própria do CDC, que não traz semelhante limitação. Tal corrente chegou a ser abraçada pelo STJ, em isolado precedente de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.²⁰

Essa decisão, entretanto, foi reformada em julgamento de embargos de divergência, ainda mais teratológico, tendo a 2ª Seção do STJ²¹, a época, decidido que o art. 16 da LACP se aplicaria a qualquer espécie de direito tutelado pelo microssistema coletivo, inclusive os individuais homogêneos, o que, conforme se busca demonstrar é fática e juridicamente impossível.

Se os direitos essencialmente coletivos são subjetivamente transindividuais e materialmente (ou ontologicamente) indivisíveis, como limitar os efeitos da decisão proferida a determinado território? A extensão subjetiva *erga omnes* ou *ultra partes* é consequência natural da transindividualidade e da indivisibilidade do direito tutelado na demanda.

Após tantas críticas apresentadas e tendo algumas delas sido superadas, resta saber: seriam tais dispositivos legais formal e materialmente constitucionais?

3. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 16 DA LACP E 2-A DA LEI Nº 9.494/97

Ao prever e garantir os direitos coletivos e individuais violados em massa, implicitamente a Constituição exigiu do legislador ordinário o desenvolvimento de mecanismos eficientes de proteção desses interesses. O direito transindividual não pode ser confundido com o direito individual e, mesmo este último, diante das peculiaridades da sociedade de massa, merece tratamento diferenciado.²²

¹⁹ GRINOVER, opus citatum, nota 5.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 411.529/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=583661&num_registro=200200147859&data=20080805&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2018.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 411.529/SP*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=944141&num_registro=200900431113&data=20100324&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2018.

²² MARINONI, opus citatum, p. 475.



Há quem sustente, como Nelson Nery Junior²³, em que pese discordemos veementemente, e citamos apenas ante a envergadura de seus defensores, a tese de que a modificação legal tenha sido ineficaz por ter modificado dispositivo que já não mais se encontrava em vigor.

Segundo esse entendimento, a partir do momento em que o CDC passou a regulamentar de forma exaustiva o tema da coisa julgada na tutela coletiva por meio de seu art. 103, o art. 16 da LACP, com redação anterior, que não trazia qualquer limitação territorial ou subjetiva, teria sido tacitamente revogado. Como o CDC é de 1990 e a mudança do art. 16 para a atual redação deu-se em 1997 (Medida Provisória 1.570/97), a modificação teria sido ineficaz e, portanto, inaplicável.

Não concordamos com esse entendimento porque, para ampará-lo, seria necessário afastar a ideia de microsistema coletivo, com interação e diálogo (e jamais revogação, salvo se expressa) de leis que versam sobre processo coletivo. Ora, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor estão interligados, existindo perfeita interação entre os dois estatutos legais. Não é porque repudiamos vigorosamente os dispositivos em que tela que abandonaremos nossas convicções e, sobretudo, a boa técnica.

Ciente da fragilidade do supraexposto, sustenta Nelson Nery Junior²⁴, ainda, que o “Presidente da República editou [a atual redação do art. 16 da LACP], por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação).” Como é notório, o art. 62 da Constituição, de fato, prevê que o Presidente da República somente poderá editar medidas provisórias em caso de relevância e urgência.

Em que pese mais sedutor tal argumento, entende o Supremo Tribunal Federal que a definição do que seja relevante e urgente para fins de edição de medidas provisórias consiste em um juízo político (escolha política/discricionária) de competência do Presidente da República, controlado, em regra, pelo Congresso Nacional. Desse modo, salvo em caso de “notório abuso”, o Poder Judiciário não deve se imiscuir na análise dos requisitos da MP,²⁵ quanto mais décadas após sua edição.

Não obstante, todos os esforços hermenêuticos e argumentativos anteriores para salvar os dispositivos legais foram em vão. A verdade é que as regras não sobrevivem a um

²³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.473. No mesmo sentido: BESSA, Leonardo Roscoe et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 498.

²⁴ NERY JUNIOR, opus citatum, p. 1.474.

²⁵ Na doutrina: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 913.



controle de validade substancial das normas a partir da Constituição, por: a) ofenderem a isonomia; b) já que fomentam o conflito lógico e prático de julgados; c) além de comprometerem o acesso à justiça; d) com ressonância na própria eficiência da prestação jurisdicional; e) e estarem em desacordo com o princípio hermenêutico da máxima efetividade; f) em violação ao princípio da vedação à proteção insuficiente/deficiente; g) ou, em última análise, por afrontarem o próprio espírito e características mais elementares da tutela coletiva.

A exigência de diversas ações coletivas a respeito da mesma circunstância fático-jurídica poderá gerar decisões contraditórias. E, uma vez existindo várias decisões de diferente teor, também restará maculado o princípio da isonomia, com potencial tratamento jurisdicional distinto para sujeitos pela simples razão de serem domiciliados em diferentes localidades.

Mais que isso, limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los. De outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente, em flagrante atentado ao princípio da eficiência.

Por isso, é de precisão cirúrgica Ada Pellegrini Grinover²⁶ quando constata que “no momento em que o sistema brasileiro busca saída nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço reutivo do Executivo é que vai na contramão da história.” O leitor há de convir: ou a demanda é coletiva, ou não o é; ou a coisa julgada é *erga omnes*, ou não o é.

Daniel Assumpção²⁷ traz interessante exemplo em sua obra: imagine que o Ministério Público Estadual ingressou com uma ação coletiva para obrigar um fornecedor a dispor um telefone 0800 para os consumidores que, uma vez tendo adquirido o produto em telefonemas gratuitos, tinham que posteriormente reclamar por meio de telefonemas pagos, inclusive interurbanos.

Agora basta imaginar uma sentença de procedência diante de tal pedido. Ela teria efeito somente para os consumidores domiciliados na comarca em que tramitou a demanda judicial, ou, ainda, na melhor das hipóteses, no Estado em que a Comarca está contida?

²⁶ GRINOVER, opus citatum, nota 5.

²⁷ NEVES, opus citatum, p. 464.



Instado a criar um telefone 0800, ele seria disponível somente para quem provasse ser domiciliado naquele determinado território? Consumidores de outro Estado receberiam uma mensagem gravada afirmando que o serviço para eles não funcionaria porque no seu Estado não teria o fornecedor sido condenado a oferecer tal serviço?

Aliás, o objetivo do dispositivo de limitar a abrangência dos efeitos da sentença nem em demandas individuais se prestaria. Uma pessoa divorciada, por exemplo, não pode ser divorciada apenas na cidade onde foi prolatada a sentença de seu divórcio. Ora, imagine se uma sentença de divórcio proferida por Juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro, continuando os (ex?) cônjuges casados nesta comarca.²⁸

O legislador infraconstitucional não poderia autorizar uma prática que feriria o princípio da igualdade em seu núcleo essencial, pois pessoas na mesma situação, nas lições mais comezinhas de Introdução ao Estudo do Direito, não deveriam receber do Poder Judiciário potenciais soluções distintas. Exigir-se o fracionamento da questão coletiva, com o evidente risco de decisões contraditórias, é, sem dúvida, violar, para além da isonomia, o bom senso.²⁹

Se a apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, com mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

Bem lembra o professor Alexandre Câmara³⁰ que o art. 506 do CPC/15, diferentemente de seu antecessor (art. 472 do revogado CPC/73), embora regulando as demandas individuais, estabelece que terceiros não podem ser prejudicados pela coisa julgada, o que implica dizer que podem eles se beneficiar de uma coisa julgada formada em processo de que não tenham participado.

Não obstante todas essas considerações, o STJ vinha oscilando muito no que diz respeito à aplicabilidade dos artigos em tela. Até 2014, prevalecia na Corte o entendimento externado no já citado REsp nº 411.529/SP, em sede de embargos de divergência: a aplicabilidade do art. 16 da LACP a qualquer espécie de direito tutelado pelo microsistema coletivo, inclusive os individuais homogêneos.

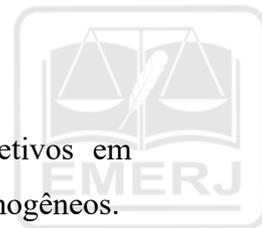
Naquele ano, contudo, os Ministros do STJ passaram a reconhecer as impropriedades do referido dispositivo. Tendo como paradigma o REsp nº 1.114.035/PR³¹, o STJ firmou

²⁸ NERY JUNIOR, opus citatum, p. 1.475. Utilizando-se do mesmo exemplo: MARINONI, opus citatum, p. 523.

²⁹ DIDIER JR., opus citatum, p. 471.

³⁰ FREITAS CÂMARA, opus citatum, p. 317.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.114.035/PR*. Relator para acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1299781&num_registro=200900626412&data=20141023&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2018.



entendimento defendendo a inaplicabilidade do art. 16 aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, dizendo ser ele aplicável apenas na defesa de direitos individuais homogêneos.

Finalmente, nos embargos de divergência no REsp nº 1.134.957/SP³², a Corte Especial do STJ, em sessão ocorrida em 2016, consagrou seu atual entendimento, consolidando que também em relação aos direitos individuais homogêneos a sentença coletiva não deve ter abrangência restrita à competência territorial do órgão julgador, afastando-se a aplicabilidade do art. 16.

Não obstante os avanços, sobretudo no Tribunal da Cidadania (STJ), aquele que deveria o Guardião da Constituição (STF), em verdadeiro retrocesso, no RE nº 612.043/PR³³, julgado em 2017, declarou expressa e especificamente a constitucionalidade do art. 2-A da Lei nº 9.494/97.

Na oportunidade foi proposta a tese de que a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcançaria os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o sejam em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes de relação juntada à inicial do processo de conhecimento.

Isso porque, de acordo com o entendimento dominante no Supremo, as associações representariam (legitimação ordinária), e não substituiriam processualmente (legitimação extraordinária), seus filiados, salvo no caso de mandado de segurança.

Ocorre que, pelos mesmos argumentos supraexpostos, a inconstitucionalidade dessa norma é manifesta. *Primus*, é da essência da ação coletiva a peculiar eficácia subjetiva da coisa julgada, que se dá *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso. *Secundus*, quando propõe ação, em nome próprio, a associação não está na condição de representante, mas de substituto processual. Ou seja: a tutela é requerida por quem não é titular do direito afirmado, embora em favor de quem o é. Vale reforçar que tudo que se disse em relação ao art. 16 da LACP, aplica-se ao art. 2-A da Lei nº 9.494/97.

Adotando a corrente esposada pelo STF no RE nº 612.043/PR, questiona-se: qual seria a diferença, do ponto de vista da efetividade da tutela do direito subjacente ou de economia processual, entre uma ação coletiva ajuizada por uma associação na tutela de

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.134.957/SP*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1363824&num_registro=201300519527&data=20161130&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2018.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 612.043/PR*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312903086&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018.



direitos individuais homogêneos e o mero ajuizamento de ação individual proposta por seus associados em litisconsórcio ativo? A resposta é evidente, embora estarrecidora: nenhuma.

Mais um exemplo elucidativo: uma sentença estrangeira pode produzir efeito em todo território nacional, desde que submetida ao procedimento de homologação de sentença estrangeira perante o STJ. No entanto, uma sentença brasileira coletiva somente poderia produzir efeitos nos limites territoriais do juízo prolator ou para indivíduos ali domiciliados.³⁴ Trata-se de absurdo sem precedentes.

Para além de todos os argumentos já expostos, parece que os Ministros do STF não se atentaram para um fundamento, diferentemente dos anteriores, pouco desenvolvido pela doutrina. A dignidade constitucional da ação civil pública (art. 129, inciso III) exige do leitor redobrada atenção. Isso porque a previsão constitucional desse procedimento ressalta a sua importância e dos direitos por ele protegidos, o que deveria reforçar o compromisso do Estado brasileiro com a sua preservação.³⁵

É necessário não perder de vista a índole constitucional da tutela coletiva, que importa a eficácia maximizada que se lhe deve sempre emprestar, não se justificando limitações ou interpretações ilegítimas que reduzam sua efetividade.

A tutela coletiva (quer relativa a direitos transindividuais, quer a concernente a direitos individuais de massa) tem origem constitucional, em regras inúmeras, coroadas na cláusula que concebe a garantia do acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV), exigindo-se que se oferte, àquele que se diz titular de um direito, mecanismos adequados de proteção, ou seja, meios de tutela efetivamente predispostos e consentâneos para a realidade do direito material específico. A garantia exige, portanto, a concepção de instrumentos hábeis a lidar, de maneira completa, com esses interesses.³⁶

Não há dúvidas, portanto, em que pese a omissão doutrinária acerca do tema, de que a Ação Civil Pública possui natureza jurídica de verdadeira garantia fundamental³⁷, ou seja, de instrumento constitucional que assegura e promove os direitos fundamentais, igualmente constitucionais.

Como tal, à luz do princípio da máxima efetividade, deve o aplicador do direito interpretar as normas a fim de que sejam otimizadas sua eficácia, densificando seus preceitos, a fim de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Em síntese: O Poder Público, em

³⁴ DIDIER JR., opus citatum, p. 468.

³⁵ MARINONI, opus citatum, p. 49.

³⁶ Ibidem, p. 505.

³⁷ Dentre os poucos autores que categoricamente realizam tal afirmativa: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 814.



suas ações, deve sempre se voltar para o cumprimento e potencialização dos direitos fundamentais e não o oposto, desnaturando a principal marca da ação coletiva (a coisa julgada), tão logo se sentiu ameaçado com algo que não deveria incomodá-lo: a defesa coletiva dos cidadãos.

Nesse sentido, conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excessos dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em proibição de insuficiência.³⁸

Limitar a eficácia das decisões proferidas no âmbito da tutela coletiva, instrumento de proteção dos mais diversos direitos fundamentais, traz a tona, portanto, mais uma inconstitucionalidade: aquela decorrente da proteção insuficiente, postulado que visa impedir que medidas constitucionalmente exigidas para a proteção e promoção dos direitos fundamentais fiquem aquém do necessário.³⁹

CONCLUSÃO

Conforme restou evidenciado, sem a tradição dos mecanismos de tutela individual dos direitos subjetivos, os instrumentos de tutela coletiva, trazidos por leis extravagantes, ainda passam por fase de adaptação e de acomodação, suscitando, por isso mesmo, muitas controvérsias interpretativas. O tempo, a experimentação, o estudo e, eventualmente, os ajustes legislativos necessários, sem dúvida, farão dos mecanismos de tutela coletiva uma via serena de aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional.

No que tange ao objeto do presente trabalho, importante frisar que a finalidade social da função jurisdicional, que é de pacificar com justiça, perde-se diante da fragmentação e pulverização dos conflitos. Na atual sociedade de massas, exige-se uma acrescida proteção, em nome da justiça social, daqueles interesses que aglutinam grandes conjuntos de cidadãos.

A substituição de decisões atomizadas (na expressão de Kazuo Watanabe) pelo tratamento molecular das controvérsias, levando à solução do Judiciário, de uma só vez, conflitos que envolvem milhares ou milhões de pessoas, significou tornar o juiz a peça principal na condução de processos de massa que, por envolverem conflitos de massa, têm

³⁸ DA SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 14 set. 2018.

³⁹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 334.



sempre relevância política, econômica e social. Graças aos processos coletivos, o Judiciário, saindo de uma posição frequentemente distante e remota, tornou-se protagonista das grandes controvérsias nacionais, sem que isso abale, *prima facie*, o sistema de freios e contrapesos.

Os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* das decisões proferidas no âmbito da tutela coletiva serão de âmbito nacional, regional ou local, não conforme a arbitrária e ilegítima (diga-se, inconstitucional) vontade dos poderes Executivo e Legislativo, nem mesmo de teratológicas interpretações pretorianas, mas sim conforme a extensão de dano ou referente ameaça, bem como a qualidade dos direitos postos em Juízo, atuando no plano dos fatos e litígios concretos.

O leitor há, novamente, de convir: se até a sentença estrangeira pode produzir efeitos no Brasil, qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pátrio pode ter eficácia para além de seu território.

A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos representa, em nosso atual estágio jurídico, sociológico, político e econômico, uma das conquistas mais expressivas do direito brasileiro.

O Executivo, seguido pelo Legislativo, foi extremamente infeliz. Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los. De outro, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saída até nos precedentes vinculantes, pode-se dizer, em elegante crítica, que o esforço do Poder Executivo foi que na contramão da história.

O governo usou seu poder de império para alterar a legislação da maneira que lhe convinha, desnaturando a principal marca da ação coletiva (a coisa julgada), tão logo se sentiu ameaçado com algo que não deveria incomodá-lo: a defesa coletiva dos cidadãos.

Ora, o principal objetivo do processo coletivo é justamente permitir que um sem número de indivíduos seja beneficiado por uma decisão judicial sem que cada um tenha que percorrer, individualmente, o caminho do Judiciário para satisfazer suas pretensões.

Ao longo desse trabalho, em cada tentativa de “salvar” as normas, o que se buscou, em verdade, foi fortalecer a desconstrução delas que estaria por vir. Ou seja, nem mesmo com todo esforço hermenêutico ou argumentativo é possível concordar com a incidência, seja indiscriminada, seja mitigada, desses famigerados dispositivos legais. Fique, portanto, o alerta

aos desavisados: “ou a demanda é coletiva, ou não o é; ou a coisa julgada é *erga omnes* ou não o é.”

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347compilada.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. *Lei nº 9.494/97, de 10 de setembro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9494.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 411.529/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=583661&num_registro=200200147859&data=20080805&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.114.035/PR*. Relator para acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1299781&num_registro=200900626412&data=20141023&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EResp nº 1.134.957/SP*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1363824&num_registro=201300519527&data=20161130&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 612.043/PR*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312903086&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em 14 set. 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. V. 4. Salvador: Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil refém do autoritarismo*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9171-9170-1-PB.htm>>. Acesso em 13 set. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO OFERECIMENTO DE BENEFÍCIOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Luisa de Carvalho Serfaty

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

Resumo – A presente pesquisa científica discute discricionariedade dada ao Ministério Público no oferecimento dos benefícios previstos na Lei nº 12.850/13. A colaboração premiada, como técnica de investigação criminal, insere-se nesse cenário apresentando alguns questionamentos jurídicos. Procura-se demonstrar quais seriam os parâmetros de validade desse acordo frente ao ordenamento jurídico vigente. Para tal, foram analisados pontos específicos da legislação, com enfoque para a cláusula de não denúncia e a demonstração de omissão legislativa no que tange aos parâmetros legais para escolha dos benefícios previstos em lei. A essência do trabalho é abordar a colaboração premiada nos seus aspectos históricos e conceituais, bem como analisar sua compatibilidade frente às garantias constitucionais.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Penal. Colaboração Premiada. Princípios Constitucionais. Obrigatoriedade da Denúncia. Justiça Colaborativa Crime Organizado. Parâmetros Legais e Jurisprudências.

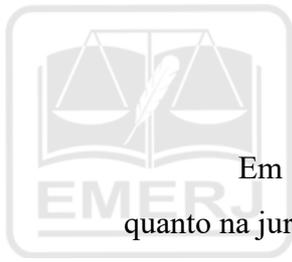
Sumário – 1. Compatibilidade da colaboração premiada com o sistema processual brasileiro. 2. Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e a cláusula de não denúncia presente na Lei nº 12850 de 2013. 3. Inexistência de parâmetros legais para a concessão de benefícios no acordo de colaboração premiada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute discricionariedade dada ao Ministério Público no oferecimento dos benefícios previstos na Lei 12.850/13. Procura-se demonstrar quais seriam os parâmetros de validade desse acordo e de que maneira os benefícios se compatibilizam com o sistema processual penal brasileiro, já que trata-se de um instituto recentemente incorporado ao nosso ordenamento jurídico.

No Brasil, o instituto da colaboração premiada ingressa no ordenamento jurídico no século XVII, podendo ser observada em normas legais esparsas que previam aspectos isolados da colaboração, não havendo até o ano de 2013 um regramento normativo que a disciplinasse de maneira sistemática e técnica.

A colaboração premiada, como técnica de investigação criminal, tem seu marco no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 12.850/13. O instituto ganhou destaque com as recentes operações de combate à corrupção e, por isso, passou a ter um destacado papel no processo penal brasileiro, despertando intensos debates quanto aos seus reais limites dentro de uma perspectiva constitucional.



Em razão de sua recente sistematização o tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção.

O objetivo do trabalho é observar a compatibilidade do instituto com os princípios do direito processual penal brasileiro, demonstrar as omissões legislativas presentes no instituto e analisar como a jurisprudência dos tribunais superiores tem se posicionado frente a essas questões.

Para melhor compreensão do tema, busca-se compreender até que ponto o modelo de justiça negocial, originário do modelo processual norte-americano, apresenta compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se, ainda, analisar pontos específicos da legislação que confere ao Ministério Público atribuição para oferecer os benefícios da colaboração premiada.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a compatibilidade do modelo de justiça negocial norte-americano e o sistema processual brasileiro, trazendo as diversas correntes doutrinárias a respeito do tema.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a respeito da prevalência do princípio da obrigatoriedade da ação penal frente a regra legal de possibilidade de desistência do oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público.

O terceiro capítulo demonstra a omissão legal de critérios para o oferecimento dos benefícios previstos em lei, bem como a falta de previsão legal de cláusulas acessórias ao acordo de colaboração premiada. Procura-se demonstrar de que forma a jurisprudência dos tribunais superiores tem se comportado frente as referidas omissões.

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 a sua tese.



1. COMPATIBILIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA COM O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

O modelo de justiça negocial, e em especial o que se refere ao instituto da colaboração premiada, tem origem estrangeira em países como Itália, Alemanha e Estados Unidos.

Na Itália, a colaboração premiada foi instituída na década de 70 e tinha como escopo combater atos de terrorismo. Contudo, foi com a *operazione mani pulite*¹ que o instituto ganhou destaque no ordenamento jurídico italiano. Desde então esse conteúdo passou a ser contemplado no Código Penal Italiano e em algumas outras legislações, como, por exemplo, a Lei nº 82 de 15 de março de 1991².

De acordo com a legislação italiana a colaboração premiada pode ser aplicada nos crimes praticados em concurso de agentes envolvendo organizações criminosas, em que, caso haja arrependimento de algum integrante é permitida a celebração de um acordo com a finalidade de impedir que crimes conexos se materializem ou, ainda, a confissão do colaborador. Entre os benefícios oriundos desse acordo podemos citar a diminuição especial de um terço da pena que for fixada na sentença condenatória, ou da substituição da pena de prisão perpétua pela reclusão de 15 a 21 anos³.

A colaboração premiada no modelo alemão, da mesma maneira, prevê redução ou até mesmo não aplicação da pena para aquele agente que voluntariamente denuncie ou impeça a prática de um crime por organizações criminosas. A peculiaridade da aplicação desse instituto é a discricionariedade dado ao Juiz, pois é ele quem decide pela aplicação do benefício, que pode ser concedida ainda que o resultado não tenha se materializado por circunstâncias alheias a vontade do agente⁴.

No sistema Norte Americano, a colaboração premiada tem como fundamento de validade a eficiência do Estado no combate a criminalidade, de forma que o instituto foi elaborado com o escopo de apresentar resultados práticos à sociedade. Neste modelo, conhecido como *plea bargaining*, o representante do Ministério Público preside a coleta de provas no inquérito policial e faz a acusação perante o judiciário. Quando surge a

¹Operação “Mãos Limpas”, objetivando a repressão a práticas de corrupção governamental.

²SILVA, Erick Rodrigues; DIAS, Pamella Rodrigues. *Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

³Ibid.

⁴Ibid.



possibilidade de acordo com o acusado, o Ministério Público tem total autonomia para negociar e decidir pelo prosseguimento ou não da acusação⁵.

Da breve exposição acerca da origem da colaboração premiada e a forma como ela se aplica naqueles ordenamentos jurídicos é possível inferir que existe uma razão de ser que justifica a aplicação e a criação desse instituto ao redor do mundo. Vinicius Gomes de Vasconcelos⁶, em sua obra *Barganha e Justiça Criminal Negocial*, aponta os anseios que trouxeram a tona a colaboração premiada:

Em meio ao cenário contemporâneo de intensos questionamentos acerca da generalizada morosidade judicial, inúmeras são as propostas de transformação do processo penal em instrumento eficaz de concretização do poder punitivo estatal,¹ fundamentalmente a partir de relativizações a direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão de proteção das liberdades públicas. Uma das principais concepções projetadas nesse sentido diz respeito às ideias de aceleração e simplificação procedimental, que almejam abreviar o caminho necessário para a imposição de uma sanção penal, cujo maior expoente é a justiça negocial,² essencialmente representada pelo instituto da barganha.

A colaboração premiada no Brasil, embora seja encarada por muitos como um instituto recente, encontra raízes no século XVII na vigência das ordenações Filipinas, conforme aponta os estudos de Gustavo dos Reis Gazzola⁷. Ainda segundo o autor, estava previsto no ordenamento jurídico a concessão de benesses legais aos malfeitores que prestassem informações às autoridades públicas permitindo a prisão de outrem.

Contudo, somente na década de 1990 é que podemos visualizar a recepção formal da colaboração premiada pelo Direito Penal brasileiro, por meio da Lei nº 8.072/90⁸, conhecida como Lei dos crimes hediondos, especialmente no seu art. 8º, parágrafo único, dispondo que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento terá pena reduzida de um a dois terços”⁹. O referido dispositivo aplica-se tão somente nas hipóteses de crimes hediondos e equiparados praticados em associação criminosa, o que demonstra um âmbito de incidência do instituto ainda muito restrito.

⁵Ibid.

⁶VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. 2014. Mestrado (Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p; 358.

⁷GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Delação Premiada*. In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.); TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio Gomes (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009, p. 148.

⁸SILVA, op. cit.

⁹BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.



A colaboração premiada, com forte influência dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, ganhou destaque na legislação penal e processual penal e amplitude com o advento da Lei nº 12.850/13, conhecida como Lei das Organizações Criminosas¹⁰

A aplicação do instituto ainda gera controvérsias, dividindo-se a doutrina e jurisprudência de direito penal no que concerne a validade desse instituto. Podemos dizer que o instituto da colaboração premiada representa uma ferramenta no combate ao crime, sobretudo a criminalidade organizada, e que ganhou especial destaque com a deflagração da Operação Lava-Jato, mas que vem sofrendo críticas no que diz respeito a preservação de direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição da República de 1988¹¹.

Na visão de Vinicius Gomes de Vasconcelos¹² é possível elencar duas perspectivas críticas para o questionamento dos mecanismos negociais, são elas:

1) problemáticas envolvendo a fragilização do ideal de justiça almejado pelo sistema criminal ou a relativização de uma pretensa busca pela verdade no processo; e, 2) a violação de direitos e garantias fundamentais do acusado e a distorção da essência do processo como limitador do poder punitivo¹³. A primeira delas se pauta essencialmente pelo rechaço à diminuição da sanção penal a ser imposta ao acusado, a qual seria excessivamente benevolente sem motivação idônea para tanto, ou seja, haveria uma injustiça que acarretaria, inclusive, a subversão da função de prevenção geral do Direito Penal. Além disso, ainda conforme tal postura, haveria uma inadmissível violação do princípio da verdade real, supostamente apontado como fundamental ao processo penal.

Parte da doutrina defende a descompatibilização da colaboração premiada com o ordenamento constitucional e aponta para uma possível violação ao direito de não autoincriminação¹⁴. Para Vasconcelos¹⁵, a incompatibilidade fundamenta-se, em especial em razão da coação inerente à proposta de barganha. Seria, portanto, na visão de Alberto Bovino¹⁶ um mecanismo construído não para ser utilizado nos casos em que o réu, espontaneamente confessa, mas sim para gerar réus confessos.

¹⁰NETO, Oswaldo Luiz Gomes. *Colaboração Premiada*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/OswaldoLuizGomesNeto.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹¹Ibid.

¹²VASCONCELLOS, op. cit, p.358.

¹³ BIBAS, Stephanos. *Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas*. Cornell Law Review. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/e3e9/f72a592e292577e63df01dc9a03e6b8e34ab.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹⁴ Sobre o tema ver: QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. e LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁵ VASCONCELLOS, op. cit.

¹⁶BOVINO, Alberto. *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*. Disponível em: <http://www.robertexto.com/archivo7/persec_penal.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.



Contudo, a despeito das críticas, não se pode olvidar de que existe uma tendência internacional de expansão dos espaços de consenso e, também convergência entre os modelos adotados¹⁷. Além disso, devemos esclarecer que no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não há que se falar em qualquer divergência sobre a aplicabilidade do instituto.

A referida corte constitucional já se manifestou algumas vezes sobre o tema. É possível extrair do precedente formulado no Habeas Corpus nº127.483/PR¹⁸ de relatoria do Ministro Dias Toffoli que a colaboração premiada é uma técnica especial de investigação advinda de um negócio jurídico processual que o qualifica como relevante instrumento de obtenção de prova, e não como meio de prova. Dessa maneira o tribunal acaba por refutar a tese anteriormente apresentada de que a colaboração seria incompatível com o princípio da não autoincriminação.

Para os autores Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio de Almeida Delmanto¹⁹, na obra *Leis Penais Especiais Comentadas*, a Lei nº 12.850/2013, a colaboração premiada:

[...] traz aspectos positivos ao garantir ao delatado maior possibilidade de questionar o depoimento do delator, ao buscar diminuir a possibilidade de erro judiciário vedando-se condenação com fundamento exclusivo em delação, ao procurar garantir a integridade física do colaborador e ao regulamentar o acordo de colaboração, o que antes inexistia.²⁰

Ainda destacando o posicionamento pacificado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na defesa da compatibilidade da colaboração premiada com o ordenamento jurídico brasileiro devemos destacar o voto do Ministro Celso de Melo na questão de ordem na petição 7.074²¹:

A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal(...). Na realidade, a colaboração premiada ajusta-se, de certo modo,

¹⁷VASCONCELLOS, op. cit. p, 358.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 127.483. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/311942485/HC-127483-Toffoli-pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹⁹DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1003-1051.

²⁰Ibid.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Petição 7.074*: Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.



a esse novo paradigma que consagra, agora de maneira muito mais expressiva, considerado o marco normativo resultante da Lei nº 12.850/2013.

Vale mencionar quanto à natureza do ato de homologação que o juiz competente efetua avaliação que lhe permite promover o controle das cláusulas abusivas, desproporcionais e ilegais²². Dessa maneira, a supervisão judicial das cláusulas do acordo de colaboração premiada destina-se, precisamente, a impedir que se ajustem, no pacto negocial, cláusulas abusivas, ilegais ou desconformes ao ordenamento jurídico.

Portanto, em que pese o posicionamento de parte relevante da doutrina entendemos que a compatibilidade da colaboração premiada com o ordenamento jurídico já está pacificada e amplamente fundamentada por parcela da doutrina e de forma unânime pelo Supremo Tribunal Federal.

2. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA E A CLÁUSULA DE NÃO DENÚNCIA PRESENTE NA LEI Nº 12850 DE 2013.

Na sistemática brasileira, a regra é que as ações penais sejam de iniciativa pública incondicionada, o que quer dizer que a legitimidade ativa para propor a ação penal, na maioria dos casos previstos, é do Ministério Público.

A ação penal de iniciativa pública segue uma sistemática processual de regras e princípios próprios, que a distingue das outras modalidades de ações penais, que não serão discutidas no presente trabalho.

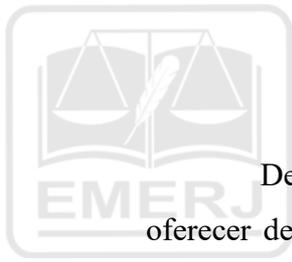
De acordo com o que ensina a doutrina de Aury Lopes Júnior²³, encampada por outros juristas de igual renome²⁴, a ação penal de iniciativa pública apresenta três princípios norteadores a saber: oficialidade; obrigatoriedade e indisponibilidade.

Por força de expreso mandamento constitucional, com previsão no artigo 129 inciso I da carta magna, o princípio da oficialidade atribui aos membros do órgão ministerial, tanto em nível estadual quanto federal, a competência exclusiva para exercer persecução penal, que se materializa por meio da denúncia.

²²GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues; DELMANTO. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Bahia: JusPODIVM, 2015, p.322..

²³LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.201-206.

²⁴RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.192-194 e COUTINHO, Jacinto. *A Natureza Cautelar da Decisão de Arquivamento do Inquérito Policial*. *Revista Processo*, n. 70, p.51 e JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2016, p.99.



De acordo com o princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público tem o dever de oferecer denúncia sempre que estiverem presentes as condições da ação, assim elencadas por Aury Lopes Júnior²⁵ como “prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; justa causa”.

Sobre o tema, de acordo com a doutrina de Eugênio Pacelli²⁶:

Estar obrigado à promoção da ação penal não significa dizer que não reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal. A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal.

Caso entenda que as condições não estão presentes o parquet poderá postular o arquivamento do inquérito, sendo certo que a decisão final sobre o arquivamento precisa passar pelo controle judicial do juiz natural da causa, conforme preceitua o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Em nosso sistema, portanto, o dever de agir atribuído ao Ministério Público pode gerar três situações diferentes. A primeira, uma vez presentes as condições da ação a denúncia deve ser formulada. O segundo cenário é a possibilidade do *parquet* pedir diligências complementares, nos termos do artigo 16 do Código de Processo Penal. Em terceiro lugar, caso não se verifiquem presentes as condições para a regular propositura da ação penal deve o promotor promover o arquivamento.

Analisando as possibilidades legais dadas ao Ministério Público esbarramos no terceiro cenário, o arquivamento do inquérito. De acordo com a sistemática adotada pelo Código de Processo Penal é possível observar, em especial da leitura do artigo 28 do referido diploma, que circunda o processo de arquivamento um controle jurisdicional que extrapola o poder do promotor de justiça.

Isso porque, o arquivamento depende da concordância do Juiz e, em última análise do Procurador-Geral, que dá a palavra final entre o arquivamento ou a redistribuição do inquérito a outro promotor para analisar o caso.

Leonardo Leal Peret Antunes²⁷ aponta que antes da Lei nº 9.099 de 1995 o membro do Ministério Público não tinha opção, ou seja, ocorrendo uma infração penal e havendo

²⁵LOPES JR, op. cit, p. 205.

²⁶PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 126.



indícios suficientes de autoria e prova da materialidade a propositura da ação penal pública era obrigatória²⁸. Com a publicação da referida lei o princípio da obrigatoriedade foi mitigado, em razão da previsão legal do instituto da transação penal nos crimes de pequeno potencial ofensivo e a proposta de suspensão condicional do processo.

Contudo, ainda segundo análise trazida por Leonardo Leal Peret Antunes²⁹, a oferta da transação penal e a proposta da suspensão condicional do processo não são absolutamente discricionárias. O membro do Ministério Público ao optar pela aplicação dos benefícios deve respeitar os critérios legais estabelecidos.

Dessa maneira a sistemática processual penal nos mostra que existe um limite claro ao poder acusador do estado, que se cristaliza na clara tentativa do legislador de impedir que a decisão final sobre acusar ou não se restrinja a apenas um dos atores estatais do processo penal.

Certo é que, a obrigatoriedade é um princípio da ação penal que não se encontra expressamente consagrada no ordenamento jurídico, sendo portanto, fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial como ensina Jacinto Coutinho³⁰. Para o autor o princípio da obrigatoriedade tem condão de proteger a independência funcional dos membros do Ministério Público “mormente contra ingerências estranhas, mormente de natureza política”³¹.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal³², o princípio da indisponibilidade tem o condão de conferir densidade ao princípio da obrigatoriedade, uma vez que iniciado o processo o promotor não pode dispor da ação penal nem mesmo do recurso interposto, conforme expressa previsão do artigo 42 e 576 do Código de Processo Penal, respectivamente.

Nessa dimensão, passaremos a analisar a incidência da regra prevista no artigo 4º, parágrafo 4º da Lei nº 12850/2013³³. Trata-se, de regra que expressamente cria uma exceção ao princípio da obrigatoriedade dando ao Ministério Público a possibilidade de não oferecer

²⁷ANTUNES, Leonardo Leal Peret. *Blefe nos acordos de delação premiada: pode o MP barganhar com o que não tem?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-05/leonardo-antunes-mp-barganhar-nao>>. Acesso em: 12 jul. 2018

²⁸BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 120.

²⁹ANTUNES, op. cit.

³⁰COUTINHO, op. cit, p. 99.

³¹Ibid.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Penal nº 905*:Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10543227>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

³³BRASIL. *Lei nº 12850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 11 jul. 2018



a denúncia como forma de beneficiar o colaborador, contanto que ele não seja o líder da organização criminosa e que seja o primeiro a prestar a colaboração.

Essa regra, portanto, apresenta um choque entre as novas tendências do direito penal, que se curva as possibilidades de negociação e eficiência na resposta acusatória, e os princípios e regras que regem todo o ordenamento jurídico processual penal até então.

Da análise trazida, é possível compreender que a regra mencionada no artigo 4º, parágrafo 4º da lei de organizações criminosas extrapola a mitigação outrora encampada pela lei 9099/95. Sendo certo que a própria Constituição Federal estabeleceu uma única exceção ao princípio da obrigatoriedade conforme exposto no artigo 98, inciso I, da magna carta.

Nesse sentido a interpretação trazida por Leonardo Leal Peret Antunes³⁴ segundo a qual, “ao utilizar o artigo 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 12.850/2013, o Ministério Público barganha com uma faculdade que jamais possuiu, qual seja, a de não apresentar denúncia”, é pertinente ao tema do presente estudo.

Não se pode aceitar, portanto, que o órgão acusador transacione dispondo de um dever que lhe é explicitamente imposto na Carta Magna. A não observância do princípio da obrigatoriedade, segundo Antunes³⁵, torna a cláusula de não denúncia nula.

3. INEXISTÊNCIA DE PARAMETROS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Não se desconhece que o instituto da colaboração premiada, especialmente nos termos em que disciplinado pela Lei nº 12.850/2013, vem sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal³⁶ como relevante instrumento de obtenção de prova, e não como meio de prova.

A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal brasileiro, criando novas possibilidades jurídicas de concretizar um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de

³⁴ANTUNES, op. cit.

³⁵Ibid.

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº127.483/PR.: Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018



consenso³⁷. A adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal é uma tendência moderna que se impõe.

Dos demais aspectos já tratados a respeito do instituto da colaboração premiada no presente trabalho, resta destrinchar o que entendemos pelo aspecto mais polêmico do instituto. Trata-se do exame de parâmetros legais que auxiliem o Ministério Público a oferecer os benefícios previstos da Lei nº 12.850/2013.

O artigo 4^o³⁸ do referido diploma legal estabelece os benefícios que podem ser aplicados, tais como: “concessão do perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal”.

A lei, nos incisos do referido artigo 4^o³⁹, condiciona a aplicação desses benefícios a certos requisitos, tais como:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Mostra-se relevante assinalar, de outro lado, que cabe ao poder Judiciário examinar o acordo de colaboração premiada, devendo sob a tríplice perspectiva de sua voluntariedade, regularidade e legalidade⁴⁰, conforme artigo 4^o, parágrafo 7^o da Lei nº 12.850/2013⁴¹ proceder à homologação de referido pacto negocial.

Na realidade, o juiz, em instância homologatória, realiza a avaliação promovendo, segundo Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva “o controle das cláusulas abusivas, desproporcionais e ilegais”⁴²

³⁷BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.115/117.

³⁸BRASIL. *Lei nº 12850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 24 set. 2018

³⁹Ibid.

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de ordem nº 7.074*. Relator: Celso de Melo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018

⁴¹BRASIL. *Lei nº 12850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 24 set. 2018

⁴²GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p.322.



Há, portanto, efetivo controle jurisdicional sobre a legalidade das cláusulas estipuladas no acordo de colaboração premiada, cuja homologação, caso alguma dessas cláusulas mostre-se ilegal, deverá, então, ser recusada pelo juiz competente.

Dessa forma a concessão dos benefícios estará sempre condicionada à eficácia da cooperação do agente colaborador. É necessário, portanto, que o juiz examine se o colaborador cumpriu todas as obrigações ajustadas. Do contrário, não terá acesso aos benefícios objeto do acordo de colaboração.

De acordo com a doutrina de Renato Brasileiro⁴³:

[...]. Não basta a mera confissão acerca da prática delituosa. Em um crime de associação criminosa, por exemplo, a confissão do acusado deve vir acompanhada do fornecimento de informações que sejam objetivamente eficazes, capazes de contribuir para a identificação dos comparsas ou da trama delituosa. Por força da colaboração, deve ter sido possível a obtenção de algum resultado prático positivo, resultado este que não teria sido alcançado sem as declarações do colaborador (...). Comprovada a eficácia objetiva das informações prestadas pelo agente, a aplicação do prêmio legal inerente à respectiva colaboração premiada é medida que se impõe.

Há, portanto, uma vinculação judicial ao benefício acordado em caso de cumprimento integral da avença, devendo conferir ao colaborador o benefício ajustado quando a colaboração tiver sido efetiva⁴⁴.

A justiça negociada, nos moldes da Lei de Organizações Criminosas, portanto, confere as partes as questões referentes ao acordo de colaboração premiada, restringindo-se o juiz ao papel de fiscal da legalidade e da voluntariedade do acordo⁴⁵.

CONCLUSÃO

A partir do trabalho desenvolvido, tornou-se possível compreender o instituto da colaboração premiada, bem como sua compatibilidade com o sistema jurídico vigente. Logo no primeiro capítulo colocamos em discussão o instituto e concluímos que ele se alinha, sob a perspectiva de sua constitucionalidade, com as leis e regras vigentes no processo penal.

No segundo capítulo foi apresentada importante questão relacionada à colaboração premiada que é a validade da cláusula de não denúncia. Fizemos um pequeno apanhado pela estrutura da legislação e do processo penal e concluímos que, embora não haja

⁴³BRASILEIRO, Renato. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.734/736.

⁴⁴MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2017, p.182/184.

⁴⁵BRASIL. Lei nº 12850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

pronunciamento oficial do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, a legalidade dessa clausula está comprometida.

Isso porque, não cabe ao órgão acusador transacionar abrindo mão de um dever que lhe é explicitamente imposto na Carta Magna, qual seja, o da obrigatoriedade da denúncia.

O terceiro capítulo, por sua vez, apontou para importante omissão legislativa, pertinente aos parâmetros legais para a concessão dos benefícios do acordo. Isso porque, a despeito da lei ter trazido um rol de benefícios e condições para concessão desses benefícios existe uma margem extremamente discricionária para que os benefícios sejam distribuídos.

Nesse sentido, a importância da colaboração premiada no cenário investigativo de resolução de crimes complexos. Entendemos que ela chega ao Brasil para modernizar o processo penal e alinhar nosso sistema a uma tendência mundial que tem como bandeira a eficiência na resposta penal.

Contudo, a análise de alguns aspectos internos da colaboração premiada nos trazem a necessidade de ponderar sua defesa. Inegável é sua compatibilidade e necessidade, entretanto, a margem de discricionariedade dada ao Ministério Público e, por vezes, ao Delegado de Polícia nos alarma.

Tais ponderações levam a crer que a lei vai precisar passar por ajustes para se adequar, em primeiro lugar para adequar a legalidade da cláusula de não denúncia, que como defendemos não se compatibiliza com os princípios constitucionais do processo penal e, em segundo lugar, para criar parâmetros objetivos que permitam evitar eventuais distorções entre a distribuição dos benefícios.

O limite do poder de barganha do estado deve ser o de desvendar crimes e desbaratar organizações criminosas complexas, mas não pode servir de agrado nem castigo aos delatores. Para nós, a ausência de critérios objetivos nos empurra para um campo discricionário muito perigoso que, em última análise, vai de encontro com o próprio princípio da legalidade, base do direito penal brasileiro.

Diante do exposto, esperamos com as reflexões apresentadas no presente estudo reconhecer que apesar da importância do instituto da colaboração premiada em nosso ordenamento, a lei de organizações criminosas carece de reparos e mecanismos que oportunizem critérios mais objetivos.

Dessa forma, revogada a cláusula de não denúncia e criados critérios legais para a concessão dos benefícios, haverá uma compatibilização mais equânime a partir da observância das condições necessárias para assegurar que o devido processo legal seja integralmente respeitado.



REFERÊNCIAS

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. *Blefe nos acordos de delação premiada: pode o MP barganhar com o que não tem?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-05/leonardo-antunes-mp-barganhar-nao>>. Acesso em: 12 jul. 2018

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012.

BIBAS, Stephanos. *Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas*. Cornell Law Review. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/e3e9/f72a592e292577e63df01dc9a03e6b8e34ab.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BITENCOURT, Roberto Cezar; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOVINO, Alberto. *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*. Disponível em: <http://www.robertexto.com/archivo7/persec_penal.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Penal 905*: Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10543227>>. Acesso em: 12 jul.

Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018

Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127.483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/311942485/HC-127483-Toffoli-pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Petição 7.074*: Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASILEIRO, Renato. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Delação Premiada*. In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.); TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio Gomes (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.



GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues; DELMANTO. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Bahia: JusPODIVM, 2015.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2017.

NETO, Oswaldo Luiz Gomes. *Colaboração Premiada*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/OswaldoLuizGomesNeto.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018

NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis e processuais penais comentadas*. V. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIMENTEL, Eduardo de Souza. *Processo penal garantista e repressão ao crime organizado: a legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade*. 2006. 191 f. Dissertação (Mestre em Processo Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Afrânio. *Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites?*. Disponível em: <<http://empriododireito.com.br/acordo-de-cooperacao-premiada/>>. Acesso em: 20 mar. 2018

SILVA, Erick Rodrigues; DIAS, Pamella Rodrigues. *Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

SOBREIRO, Rafael Soccol. *A prova obtida com colaboração premiada: meio de impugnação de prova no âmbito do combate às organizações criminosas*. In: WENDT, Emerson (Org.); LOPES, Fábio Motta (Org.). *Investigação criminal: provas*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. 2014. 358. Mestrado (Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.



O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO DISPENSADO ÀS
MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – A PROMOÇÃO DA
IGUALDADE MATERIAL COMO FORMA DE INCENTIVO À ATIVIDADE
ECONÔMICA E O CASO DOS INVESTIDORES-ANJOS NAS *STARTUPS*

Luisa Iva Maia Forte

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – A economia brasileira é predominantemente composta por micro e pequenas empresas. Pensando nisso, foi editada a LC nº 123/2006, que atribui regime tributário diferenciado às chamadas microempresas e empresas de pequeno porte, com vistas a fortalecer tais empresas, promovendo sua competitividade no mercado e facilitando os processos de administração das mesmas. Com isso, é possível vislumbrar a intenção do legislador em promover a igualdade material ao favorecê-las, não havendo nessa escolha legislativa nenhuma ofensa ao princípio da isonomia. No âmbito das micro e pequenas empresas, ganharam destaque nos últimos tempos as *startups* e, com isso, foi necessário normatizar uma figura de investidor muito presente em sociedades desse tipo – o investidor-anjo, o que foi feito pelas modificações perpetradas pela LC nº 155/2016 no bojo da disciplina da LC nº 123/2006. A essência do presente trabalho é abordar a legislação que estabelece tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte através do prisma da isonomia material e promover um estudo acerca das novas disposições inseridas na LC nº 123/2006, que tratam sobre os investidores-anjos no âmbito das *startups*, evidenciando suas peculiaridades, vantagens e desvantagens.

Palavras-chave – Direito Tributário. Microempresa. Empresa de Pequeno Porte. LC nº 123/2006. LC nº 155/2016. Fomento à economia. Promoção da igualdade. Tratamento diferenciado. Isonomia. Igualdade material. *Startups*. Investidor-anjo.

Sumário – Introdução. 1. A Lei Complementar nº 123/2003 e o tratamento diferenciado atribuído às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – o sopesamento entre os princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da livre iniciativa. 2. Os benefícios da legalização do pequeno empreendedor e o surgimento das *startups*. 3. Os investidores-anjos e sua recente regulamentação nas *startups* optantes pelo regime tributário diferenciado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute sobre a importância do tratamento tributário privilegiado que a LC nº 123/2006 confere às microempresas e empresas de pequeno porte, como sendo uma forma de conferir vantagens aos empresários e, ao mesmo tempo, facilitar a fiscalização e aumentar a arrecadação do Fisco. Busca-se, com isso, demonstrar os benefícios da legalização dos pequenos empreendimentos, que saem da marginalidade para enquadrar-se nos parâmetros legais.



Mais especificamente, o artigo em tela proporciona uma análise focada no caso dos investidores-anjos das empresas conhecidas como *startups*, que vem ganhando maior destaque no mercado brasileiro e crescendo exponencialmente nos últimos anos em expressão e importância econômica. Esse crescimento motivou a adaptação da legislação pra abarcar as especificidades dessas empresas e de seus investidores, como forma de proteção e estímulo às suas atividades.

Para alcançar tais objetivos, a pesquisa se utiliza de posicionamentos doutrinários e pesquisas recentes para demonstrar as vantagens da legislação diferenciada como forma de promoção da igualdade material e incentivo aos investimentos, pormenorizando o caso das *startups* como exemplo de renovação da estrutura normativa para abarcar o crescimento e as particularidades do desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte.

Inicia-se o primeiro capítulo com a abordagem da LC nº 123/2006 e do tratamento que a mesma conferiu às microempresas e empresas de pequeno porte, analisando-se o sopesamento entre o tratamento diferenciado e os princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da livre iniciativa. Busca-se evidenciar como o tratamento diferenciado conferido pela LC nº 123/2006 proporciona a isonomia material entre as pequenas empresas e as sociedades de maior porte, favorecendo a competitividade e a longevidade desses empreendimentos no mercado brasileiro.

No segundo capítulo, a pesquisa coloca em evidência os benefícios da legalização dos pequenos empreendedores e o surgimento das *startups*, que ganharam força e importância nos últimos anos no mercado brasileiro e impulsionaram a criação de novas regulamentações para seu incentivo e proteção.

Por fim, no terceiro capítulo, aborda-se o caso específico dos investidores-anjos, que atuam principalmente no âmbito das *startups*, e a sua recente regulamentação pela LC nº 155/2016, como forma de incentivar as atividades de inovação e os investimentos nas microempresas e empresas de pequeno porte.

O trabalho será desenvolvido por meio do método hipotético-dedutivo, dado que o pesquisador almeja eleger um conjunto de proposições hipotéticas, que pressupõe serem adequadas para analisar o objeto da pesquisa, objetivando comprovas ou rejeitar as proposições trazidas a baila.



Nesse intuito, a abordagem da pesquisa jurídica será feita de forma qualitativa, de modo que a pesquisadora se valerá da bibliografia relativa à matéria abordada, se valendo, principalmente, da doutrina e legislação, para sustentar seus argumentos.

1. A LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 E O TRATAMENTO DIFERENCIADO ATRIBUÍDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - O SOPESAMENTO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA LIVRE INICIATIVA

O Código Civil Brasileiro de 2002¹, assim como as legislações empresariais e tributárias ordinárias, não conceituam especificamente empresa, preferindo fixar o conceito apenas de empresário.

A empresa, assim, apresenta-se como um elemento abstrato, sendo revelada através da intenção do seu titular. Assim, no direito brasileiro, demonstra-se a atividade de empresa por meio da organização de capital e trabalho para a exploração, com finalidade de lucro, de uma atividade produtiva.

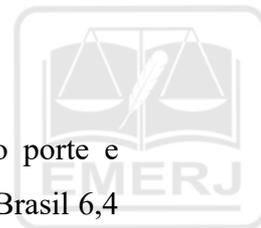
Já com relação à figura do empresário, o Código Civil é literal ao dizer, em seu artigo 966² que: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Todavia, para que o sistema empresarial funcione e seja eficaz, não há como emoldurar todos os empresários e empresas em uma só categoria, devido à diversidade de atividades que se desempenham e de capital que movimentam.

Em relação ao que popularmente se denomina de “pequenas empresas”, nem sempre a legislação pátria foi uníssona ao lhe atribuir sentido e tratamento. Ao longo do tempo, e com a consolidação e crescimento da economia nacional, foi sendo dada maior relevância às atividades de menor expressão de poder, mas fundamentais para a geração de empregos e constituição do PIB.

¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 abr.2018.

² Ibid.



Para se dimensionar a importância assumida pelas empresas de pequeno porte e microempresas, de acordo com o SEBRAE São Paulo³, no ano de 2014 existiam no Brasil 6,4 milhões de estabelecimentos. Desse total, 99% eram micro e pequenas empresas (MPE), que, sozinhas, respondiam por 52% dos empregos com carteira assinada no setor privado (16,1 milhões).

Para gerir essas atividades e lhes fomentar o crescimento, a Lei Geral das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte foi instituída em 2006, com o intuito de regulamentar o disposto na Constituição Brasileira, que prevê o tratamento diferenciado à microempresa e à empresa de pequeno porte, em seu artigo 179⁴, que segue:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

O foco da LC n° 123/2006⁵ foi a instituição do regime tributário diferenciado para as ditas pequenas empresas, incluindo aí as microempresas, empresas de pequeno porte e o MEI, que implicou na diminuição da carga de impostos e facilitação dos seus processos de cálculo e recolhimento, através do chamado Simples Nacional.

Outros objetivos foram também abarcados na legislação, como a desburocratização de alguns procedimentos, políticas de facilitação de acesso ao mercado, de participação em licitações e processo públicos, obtenção de crédito e acesso à justiça.

Nesse ínterim, surgiu o tratamento diferenciado aos pequenos empresários, ou microempresários individuais (MEI), que passaram a ser definidos no art. 68 da LC n° 123/2006⁶. Tal categoria abarca os empresários individuais, devidamente registrados, que auferiram receita bruta anual de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais).

Já em relação às microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Complementar lhes dedica o Capítulo II para sua definição, mais especificamente no art. 3^{o7}:

³SEBRAE. *Estudo de Mercado – Pequenos Negócios em Números*. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 24 abr.2018

⁴BRASIL. *Lei Complementar n° 123*, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 20 abr.2018

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.



Art. 3º. Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (...).

Além de cumprirem os requisitos da primeira parte do art. 3º da lei, citado acima, para que as empresas se qualifiquem como microempresas ou empresas de pequeno porte, devem cumprir os requisitos de receita bruta anual, referidos nos incisos do art. 3º da LC nº 123/2006⁸.

Assim, segundo o art. 3º, I, da LC nº 123/2006, será microempresa a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário, devidamente registrados nos órgãos competentes, que auferam, em cada ano calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais).

Por outro lado, segundo o art. 3º, II, da LC nº 123/2006, caso a receita bruta anual seja superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), a sociedade será enquadrada como empresa de pequeno porte (EPP).

Com os estímulos dados pela lei, busca-se equiparar, em aspectos de competitividade, as pequenas empresas às grandes sociedades que, se não fosse tal prática, teriam uma margem díspar de favorecimento na busca por posicionamento no mercado.

Determina o art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006⁹:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Devido a tais prerrogativas conferidas pela lei, alguns doutrinadores sustentam a tese de que o tratamento diverso conferido às microempresas e empresas de pequeno porte no atinente às licitações iria além do estritamente necessário para eliminar as diferenças entre pequenas e grandes empresas, culminando em afrontar o princípio da isonomia.

Todavia, tal entendimento é minoritário, pois a maioria da doutrina converge na teoria de não haver nenhuma inconstitucionalidade na LC nº 123/06, pois, assim como o princípio da

⁸ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁹ Ibid



isonomia, o princípio do tratamento diferenciado e favorecido também foi determinado pela Carta Magna. Além disso, impende ressaltar que a isonomia não impõe tratamento igualitário a todos indistintamente, na medida em que não há igualdade absoluta.

À vista disso, ao criar normas que diferenciem determinado setor da sociedade, o legislador pretende reduzir uma desigualdade preexistente, de forma a equacionar o princípio da isonomia, buscando a satisfação eficiente do interesse público¹⁰.

A isonomia tributária se apresenta com princípio geral do Direito. A Constituição Federal assegura que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, conforme os ditames do artigo 5º¹¹.

Entretanto, é cediço que a isonomia não pode se revelar como um princípio meramente formal, incapaz de se adequar às idiossincrasias da vida em sociedade. Ela, ao contrário, apresenta importante aspecto material, se revelando como uma equidade que deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, conforme suas particularidades.¹²

Em âmbito tributário, a igualdade se encontra prevista no artigo 150 da CRFB/88¹³, que assevera que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Nesse dispositivo, deve ser observado que a vedação se aplica apenas aos contribuintes que se encontrem em situações de equivalência contributiva, o que não veda que se apliquem tratamentos diferenciados aos contribuintes em patamares diversos, com objetivo de reduzir as disparidades entre eles.

Desta forma, fica evidente que a LC nº 123/2006 não contraria o princípio da isonomia, pois visa diminuir a desigualdade entre os contribuintes e respeitar o princípio da capacidade contributiva.

¹⁰ GUIMARÃES, Yuri. *O tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no certame licitatório*. Disponível em:

<<https://menezesequimaraesadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/116490691/o-tratamento-diferenciado-das-micro-e-pequenas-empresas-me-e-empresas-de-pequeno-porte-epp-no-certame-licitatorio>> . Acesso em: 10 set.2018.

¹¹ BRASIL, *Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set.2018

¹² MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 217.

¹³ BRASIL, op.cit., nota 11.



Para Ricardo Lobo Torres¹⁴, a capacidade contributiva se apresenta como o mais importante princípio relacionado à Justiça Fiscal, pois disciplina a proporção dos tributos a serem pagos por cada contribuinte, na medida de suas rendas e haveres.

Em seu livro, Argos Gregório¹⁵ explicita a ensinamento de Geraldo Ataliba acerca do critério da igualdade tributária em matéria de capacidade contributiva, nos seguintes termos: “Só há tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades, em matéria tributária, se cada qual tiver de contribuir com impostos, de acordo com a sua Capacidade Contributiva”.

Já o princípio da livre concorrência se aproxima da noção de livre iniciativa, nos termos em que apregoam ideais de liberdade econômica, dentro da legalidade. Desta forma, a liberdade econômica significa a não sujeição do contribuinte a qualquer restrição estatal senão em virtude da lei.¹⁶

Neste sentido, defende Miguel Reale Jr.¹⁷ que a igualdade das empresas é a característica de uma ordem econômica baseada na livre iniciativa, e que se processa por meio da livre concorrência.

Como forma de preservar e efetivar o princípio da livre concorrência, a Carta Magna defende, no artigo 173, §4^o¹⁸, que a lei deve reprimir o abuso do poder econômico que tenha intuito de exercer a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e visar o aumento arbitrário dos lucros.

Desta forma, fica claro que o princípio da livre concorrência possui duas vertentes de interpretação: num primeiro momento, se interpreta a livre concorrência como vedação a qualquer tipo de barreira ao acesso à concorrência, e de outro lado, como um meio para atingir a finalidade de assegurar a todos uma existência digna.¹⁹

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.79. No mesmo sentido GREGÓRIO, Argos. *A Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011, p. 61.

¹⁵ Ibid, p. 62.

¹⁶ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 19889 interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.203-207

¹⁷ REALE JR. Miguel; AZEVEDO, David Teixeira de. *Ordem econômica na Constituição*. SESI. Setembro de 1990, p.14. In LEÃO, Martha Toribio. *Controle da Extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015, p.67.

¹⁸ BRASIL, op.cit., nota 11.

¹⁹ ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 241-271.



Com relação às pequenas empresas, segundo Martha Toribio Leão²⁰, o favorecimento tributário advindo do tratamento diferenciado conferido pela LC n° 123/2006 está intimamente ligado ao princípio da livre concorrência, uma vez que, para sua consolidação, o mercado depende da existência de um número razoável de participantes.

Assim, os benefícios concedidos às pequenas empresas, que revelam, por sua natureza, menor capacidade contributiva, não ofendem o princípio da igualdade, mas, ao contrário, se revelam como meio de promoção da igualdade material entre as diversas sociedades empresariais, favorecendo a criação de um ambiente mais competitivo e par no mercado, em respeito aos princípios da capacidade contributiva e da livre concorrência.

2. OS BENEFÍCIOS DA LEGALIZAÇÃO DO PEQUENO EMPREENDEDOR E O SURGIMENTO DAS *STARTUPS*

A LC n° 123/2006 estabelece em seus capítulos os diferentes benefícios conferidos pelo tratamento tributário diferenciado, sendo o principal deles a facilitação do acesso ao mercado, por meio de regras individualizadas de participação em licitações públicas.

O art. 42²¹ da lei prevê que a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte somente precisará ser confirmada, em processos de licitação pública, no momento da assinatura do contrato com a Administração.

A regra geral aplicada às demais empresas nesse caso é a dos artigos 27 a 29 da Lei n° 8666/93²², que determina que o momento da comprovação da regularidade fiscal e trabalhista deve ser o da habilitação na licitação. Sendo assim, verifica-se a vantagem conferida às pequenas empresas que, mesmo que num primeiro momento não estejam regulares com seus débitos, poderão participar do procedimento licitatório, precisando apenas comprovar sua regularidade no momento da assinatura do contrato.

Todavia, tal prerrogativa não é ilimitada, tendo o art. 43 da LC n° 123/2006²³ balizado os deveres dos pequenos empresários quanto à apresentação da documentação, permitindo inferir que o benefício concedido pela lei complementar não se refere à desnecessidade de

²⁰ LEÃO, Martha Toribio. *Controle da Extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015, p.74.

²¹ BRASIL, op.cit., nota 4.

²²BRASIL. *Lei n° 8666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 18 set.2018.

²³ BRASIL, op.cit., nota 4.



apresentação da documentação de regularidade, mas sim a uma possível complementação desta, caso a mesma se encontre com alguma restrição ou pendência.

Assim, as microempresas e empresas de pequeno porte devem apresentar toda a documentação exigida para comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que essa contenha pendências, tendo a vantagem de poder ajustar as possíveis restrições da mesma até o momento da assinatura do contrato.

Além da prerrogativa supracitada, ainda em relação às licitações, o art. 44 da LC nº 123/2006²⁴ estabelece o denominado “critério de desempate”. Tal metodologia considera artificialmente empatadas propostas que originalmente assim não estariam à vista de suas expressões concretas e reais.²⁵ Demonstra-se, com isso, a atuação da isonomia material na lei, concretizada por meio do fornecimento de condições mais favoráveis às empresas com menos poderio econômico e menor vulto de capital.

Assim, o empate a que se refere a lei complementar em comento não é um empate matematicamente técnico, no qual as empresas apresentam exatamente as mesmas propostas. No caso, conforme determina o art. 44, §1º, entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. Essa porcentagem é reduzida quando se tratar da modalidade pregão, ficando o patamar diminuído para 5%, por determinação legal.

O artigo 48 da lei referenciada traz outras formas pelas quais se manifesta o tratamento constitucional diferenciado, especificado no art. 47. São eles:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte

²⁴ Ibid.

²⁵ SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Eduardo. *Licitações e o Novo Estatuto da pequena e microempresa: Reflexos práticos da LC nº 123/06*. Belo Horizonte: Fórum Ltda, 2007, p. 40 – 41.



Fora do âmbito das licitações, a lei complementar também prevê condições diferenciadas para acesso ao mercado externo pelas pequenas empresas, com regime de exportação especial que contemplará procedimentos simplificados de habilitação, licenciamento, despacho aduaneiro e câmbio, na forma do regulamento, conforme art. 49-A.

Uma inovação recente e pontual, mas que merece ser levantada veio abarcada na LC nº 162²⁶, de janeiro de 2018, na qual o Governo Federal instituiu um novo programa especial de regularização tributária para as empresas optantes pelo Simples Nacional, que permitiu que estes pudessem prorrogar o prazo para pagamento de suas dívidas e obtivessem descontos no valor das mesmas.

Esse não foi o primeiro programa de parcelamento dirigido às microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez que a LC nº 155/2016²⁷ permitiu o parcelamento dos débitos tributários das empresas optantes pelo Simples Nacional, mas sem a redução de multas e juros, que hoje são abarcados pela nova legislação.

Retornando à LC nº 123/2006, prevê o diploma legal, em seu art. 58, que os bancos de crédito públicos deverão disponibilizar linhas de crédito específicas para as microempresas e empresas de pequeno porte. Nesse mesmo capítulo sobre estímulo ao crédito, surge com a LC nº 155/2016 a regulamentação do investidor-anjo, que atua, mormente, nas pequenas empresas chamadas *startups*.

Segundo o SEBRAE, uma *startup* pode ser definida como uma empresa em fase inicial que possui as seguintes características: a) uma proposta inovadora; b) um modelo de negócio escalável; c) base tecnológica; d) baixo custo para iniciar as atividades; e) uma ideia com potencial de se transformar em um negócio.²⁸

Devido à sua definição, percebe-se que, pelo menos em regra, as *startups* surgem como pequenas ou médias empresas, em razão do baixo custo para sua implementação. Todavia, nem todas as pequenas empresas podem ser denominadas como *startups*, pois estas se diferenciam das empresas convencionais pelo modelo de negócios e segmento de mercado explorado, assim

²⁶BRASIL. *Lei Complementar nº 162*, de 6 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp162.htm>. Acesso em: 18 set. 2018

²⁷BRASIL. *Lei Complementar nº 155*, de 27 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp155.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁸ SEBRAE. *Pesquisa LADO/A, LADO/B, Startups*. 2015. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Pesquisas/lado_A_B_startups.pdf>. Acesso em 18 set. 2018.



como pelo risco assumido e pela incerteza de sucesso, por conta da inovação que premeia sua aceção.

Apesar da nomenclatura importada e do aparecimento recente na legislação brasileira, as *startups* tem registrado importante crescimento, o que faz com que mereçam especial atenção política e legal, como forma de favorecer o aquecimento do mercado e alimentar a livre iniciativa.

Nesse sentido, revela reportagem da Agência Brasil²⁹, de julho de 2018, que:

Em todo o Brasil, estima-se que existam cerca de 62 mil empreendedores e 6 mil startups. O número é mais do que o dobro registrado há seis anos, quando o país ainda começava a discutir o modelo e a perceber o nascimento do novo mercado. Em 2012, haviam 2.519 startups cadastradas na Associação Brasileira de Startups (ABStartups). Em 2017, o número saltou para 5.147.

Segundo a associação, o número de empresas hoje pode ser ainda maior, por volta de 10 a 15 mil, mas muitas ainda estão na fase de ideias e nem todas tem o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ).³⁰

Devido ao crescimento expressivo, o setor corporativo tem despertado interesse nas *startups*, uma vez que as mesmas são portadoras de inovação tecnológica, que geram empregos qualificados, que tem um efeito multiplicador na economia e geram um incremento de eficiência.³¹

3. OS INVESTIDORES-ANJOS E SUA RECENTE REGULMANETAÇÃO NAS *STARTUPS* OPTANTES PELO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO

Com o crescente interesse do mercado nas efervescentes *startups*, deu-se enfoque a figura do investidor-anjo, que se caracteriza como quem patrocina, investe, nos novos negócios, atuando como um dos principais incentivadores de uma *startup*. Esse tipo de investidor já existia no mercado, mas, ainda hoje, permanece sem ter sua atividade como objeto de uma regulamentação específica.

²⁹ AGÊNCIA BRASIL. *Startups crescem no Brasil e consolidam nova geração de empreendedores*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-07/startups-crescem-no-brasil-e-consolidam-nova-geracao-de-empreendedores>>. Acesso em: 18 set. 2018

³⁰ Em 19/09/2018, já havia 6.432 startups cadastradas na Associação Brasileira de Startups (ABStartups).

³¹ AGÊNCIA BRASIL. *Startups crescem no Brasil e consolidam nova geração de empreendedores*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-07/startups-crescem-no-brasil-e-consolidam-nova-geracao-de-empreendedores>>. Acesso em: 18 set. 2018



Todavia, com a publicação da LC nº 155/2016³², que alterou dispositivos da LC nº 123/2006³³, promoveu-se a regularização da atuação do investidor-anjo nas microempresas e empresas de pequeno porte.

Nesse sentido, versa o art. 61-A da LC nº 123/2006³⁴:

Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa

§1º As finalidades de fomento a inovação e investimentos produtivos deverão constar do contrato de participação, com vigência não superior a sete anos

§2º O aporte de capital poderá ser realizado por pessoa física ou por pessoa jurídica, denominadas investidor-anjo.

Depreende-se, então, da leitura do artigo, que o investidor-anjo é pessoa física ou jurídica que realiza aporte de capital, com finalidade de fomento a inovação e investimentos produtivos, em microempresas e empresas de pequeno porte, sob regência da LC nº 123/2006³⁵.

Como características do investidor-anjo, o parágrafo quarto do artigo supracitado prevê que este não será considerado como sócio ou gerente da empresa na qual investiu. Por conseguinte, não poderá responder por quaisquer dívidas da empresa, não sendo a ele aplicado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 50 do Código Civil³⁶.

Esse dispositivo prevê uma vantagem e uma desvantagem ao investidor-anjo, uma vez que a impossibilidade de adquirir poderes de gerência lhe impede de participar, através do voto, das decisões da empresa na qual investiu. Contudo, essa limitação lhe traz segurança, uma vez que, ao excluir a sua responsabilidade pelas dívidas da sociedade, lhe isenta do risco do negócio, que é alto, dada à natureza das *startups*, e impede que uma eventual desconsideração da personalidade jurídica da empresa venha a atingi-lo.

Todavia, impende ressaltar que o investidor-anjo não pode dispor livremente do aporte feito na microempresa ou empresa de pequeno porte, no que diz respeito à transferência de titularidade do investimento. De acordo com o art. 61-A da LC nº 123/2006³⁷, a transferência da titularidade do aporte a um terceiro alheio à sociedade depende da concordância dos sócios,

³² BRASIL, op.cit., nota 24.

³³ BRASIL, op.cit., nota 4.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ BRASIL, op.cit., nota 1.

³⁷ BRASIL, op.cit., nota 4.



exigência esta que só pode ser superada por estipulação expressa em contrato no sentido contrário.

A LC nº 155/2016³⁸ trouxe também algumas outras limitações aos poderes do investidor-anjo, como a determinação de que ele será remunerado pelos aportes de acordo com contrato de participação, pelo prazo de até cinco anos, conforme artigo 61-A, §4º, III da LC nº 123/2006³⁹, não podendo ser esta remuneração superior a 50% dos lucros da sociedade, nos moldes do artigo 61-A, §6º da mesma lei⁴⁰. Com isso, o legislador pretendeu proteger a pequena empresa de uma eventual situação de dependência extrema do investidor-anjo, que se transformasse em uma relação parasitária.

Em adendo, o investidor somente poderá resgatar o valor aportado dois anos após a realização do investimento, ou no prazo ditado no contrato de participação, caso este seja superior ao prazo legal.

Ainda em relação ao direito de resgate do investimento, a Lei estabeleceu que a apuração de tal quantia deve ser apurada na forma do artigo 1.031 do Código Civil⁴¹, que determina que o valor da quota será liquidado com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

Preocupou-se a lei, ainda, em prever o direito de preferência do investidor-anjo na aquisição da sociedade investida, no caso em que os sócios decidam vendê-la, em igualdade de termos e condições ofertados aos sócios regulares.

A principal disposição acerca dos investidores-anjos, no âmbito das micro e pequenas empresas, está prevista no artigo 61-A da LC nº 123/2006⁴², que permite que estes possam realizar aportes financeiros em microempresas ou empresas de pequeno porte sem que o valor investido seja sopesado como capital social. Além disso, tal valor não pode, igualmente, ser contabilizado para fins de enquadramento tributário da empresa no regime do Simples Nacional.⁴³

³⁸ BRASIL, op.cit., nota 24.

³⁹ BRASIL, op.cit., nota 4..

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ BRASIL, op.cit.nota 1.

⁴² BRASIL, op.cit., nota 4.

⁴³ VICTORIANO, Isabela Gaborin. *A nova regulamentação que determina o investidor-anjo nas startups (microempresas e empresas de pequeno porte)*. Disponível em:

Assim, mesmo que a microempresa ou a empresa de pequeno porte recebam quantia vultuosa à título de aporte feito por investidor-anjo, este valor não será contabilizado para enquadramento da sociedade no regime tributário da LC nº 123/2006⁴⁴, que traz critérios específicos de valores de capital social para adesão ao regime tributário diferenciado.

Decorrente dessa análise é possível afirmar, inclusive, que mesmo que, no decorrer do contrato de participação, fosse superado o limite de faturamento previsto para as microempresas e empresas de pequeno porte pela LC nº 123/2006⁴⁵, o contrato de investimentos continuaria válido e o investidor-anjo permaneceria com os mesmos direitos e deveres garantidos pela redação da LC nº 155/2016⁴⁶.

Isso decorre da constatação de que a lei complementar previu os requisitos para formação do contrato de participação para a realização dos aportes, mas manteve-se silente no tocante à necessidade ou não de a sociedade se manter enquadrada dentro dos limites de faturamento previstos pela LC nº 123/2006⁴⁷. Sendo assim, é possível presumir que a não manifestação do legislador trata-se de silêncio eloquente, e que, mesmo que ultrapassado o limite de faturamento, o contrato permaneceria válido e eficaz.⁴⁸

CONCLUSÃO

A presente pesquisa abordou, como problemática essencial, o tratamento tributário diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, pela LC nº 123/2006 e suas alterações. Mais especificamente, trouxe à baila a recente alteração legal acerca da possibilidade de aportes nas pequenas empresas, enquadradas como *startups*, pelos chamados investidores-anjos, que investem na empresa, mas não pertencem ao seu quadro social.

Fruto das indagações e dos estudos feitos, foi possível chegar à conclusão da importância econômica e social das microempresas e empresas de pequeno porte, devido à sua expressão no mercado como geradoras de emprego e de movimentação do mercado econômico.

<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272616,101048A+nova+regulamentacao+que+determina+o+investidoranjo+nas+startups>>. Acesso em: 17 set. 2018.

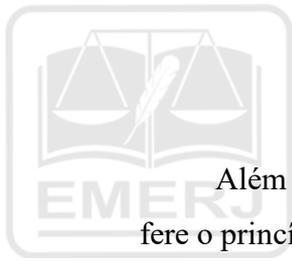
⁴⁴ BRASIL, op.cit., nota 4.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ BRASIL, op.cit., nota 24.

⁴⁷ BRASIL, op.cit., nota 4.

⁴⁸ YAMAGUCHI, Paulo Shigueru. *Investidor-anjo, uma previsão legal introduzida pela LC 155/2016*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-27/investidor-anjo-previsao-legal-introduzida-lc-1552016>. Acesso em: 18 set.2018.



Além disso, concluiu-se que o tratamento privilegiado adotado pela LC nº 123/2006 não fere o princípio da isonomia material e o pressuposto da igualdade, uma vez que o princípio da isonomia não pode demonstrar apenas sua face formal, devendo se adequar às particularidades da vida em sociedade e aos casos concretos.

Sendo assim, observou-se que o tratamento diferenciado que favorece as empresas enquadradas do regime do Simples Nacional flexibiliza o princípio da igualdade formal, fazendo sobressair a face da isonomia material, que busca tratar os diferentes casos de acordo com suas idiossincrasias. Percebeu-se que a LC nº 123/2006 não contrariou o princípio da isonomia, apenas diminuiu sua rigidez, visando diminuir a desigualdade entre os contribuintes e respeitar os princípios da capacidade contributiva e da livre iniciativa.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que a LC nº 123/2006 trouxe a valorização e o reconhecimento da importância das pequenas empresas no Brasil, adaptando-se à sua realidade econômica e reconhecendo suas dificuldades e diferenças, traçando um caminho para que pudessem ultrapassar seus obstáculos e competir com o máximo de equidade com as sociedades de maior porte.

Quanto ao terceiro capítulo, este trouxe luz à questão das *startups*, que ainda não tinham regulamentação própria quanto a um investimento que já existia há alguns anos, o do aporte dos investidores-anjos, que se caracterizam basicamente como pessoa física ou jurídica que realiza aporte de capital, com finalidade de fomento a inovação e investimentos produtivos, em microempresas e empresas de pequeno porte, sob regência da LC nº 123/2006.

Tal regulamentação trouxe mais segurança jurídica tanto para os investidores quanto para as próprias sociedades, uma vez que não se limitou a falar sobre os investimentos em si, mas também a situar esses personagens na estrutura empresarial, estabelecendo seus direitos e deveres.

Ficou evidente, então, que a proposta da autora consiste na tese de que a LC nº 123/2006, que estabeleceu o regime diferenciado do Simples Nacional, se afigura como importante instrumento para promover a igualdade, a competitividade e a sobrevivência das microempresas e empresas de pequeno porte, lhes regulando não apenas o aspecto tributário, mas se adaptando às situações concretas e completando seu arcabouço com as novidades que a evolução do mercado financeiro apresenta.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set.2018

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 abr.2018

_____. *Lei Complementar nº 123*, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 20 abr.2018

_____. *Lei Complementar nº 155*, de 27 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp155.htm>. Acesso em: 18 set.2018

_____. *Decreto nº 8538*, de 6 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8538.htm>. Acesso em: 17 set.2018

_____. *Lei nº 5172*, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 17 set.2018

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

DIPLOMATA, Elivelton. *As vantagens da microempresa e empresa de pequeno porte no Brasil*. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/as-vantagens-da-microempresa-e-empresa-de-pequeno-porte-no-brasil/70462/>>. Acesso em: 23.abr.2018

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

GREGÓRIO, Argos. *A capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011

GUIMARÃES, Yuri. *O tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no certame licitatório*. Disponível em: <<http://menezesguimaraesadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/116490691/o-tratamento-diferenciado-das-micro-e-pequenas-me-e-empresas-de-pequeno-porte-epp-no-certame-licitatorio>>. Acesso em: 10. set.2018

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Coordenação de Serviços e Comércio. *As Micro e pequenas empresas comerciais e de serviços no Brasil: 2011. Estudos e pesquisas*. Informação econômica, Rio de Janeiro, nº1, 2003

LEÃO, Martha Toribio. *Controle da Extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015



PORTAL DO EMPREENDEDOR. Disponível em: <www.portaldoempreendedor.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2018

RAMOS, André Luiz de Santa Cruz. *Direito Comercial ou Direito Empresarial?: Notas sobre a evolução histórica do ius mercatorium*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/540558>. Acesso em: 25 jul. 2018

REALE JR. Miguel; AZEVEDO, David Teixeira de. Ordem econômica na Constituição. SESI. Setembro de 1990, p.14. In LEÃO, Martha Toribio. *Controle da Extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed. 1.v. São Paulo: Saraiva, 2003

ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2007

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Eduardo. *Licitações e o Novo Estatuto da pequena e microempresa: Reflexos práticos da LC nº 123/2006*. Belo Horizonte: FÓRUM Ltda, 2007

SEBRAE. *Estudo de Mercado – Pequenos Negócios em Números*. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 24 abr. 2018

SEBRAE. *Pesquisa LADO A, LADO B, Startups*. 2015. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Pesquisas/lado_A_B_startups.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018

TOMAZZETE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 6. ed. 1.v. São Paulo: Atlas, 2014

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

VICTORIANO, Isabela Gaborin. *A nova regulamentação que determina o investidor-anjo nas startups (microempresas e empresas de pequeno porte)*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272616,101048A+nova+regulamentacao+que+de+termina+o+investidoranjo+nas+startups>>. Acesso em: 17 set. 2018

YAMAGUCHI, Paulo Shigueru. *Investidor-anjo, uma previsão legal introduzida pela LC 155/2016*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-27/investidor-anjo-previsao-legal-introduzida-lc-1552016>>. Acesso em: 18 set. 2018

OS LIMITES DO DOMÍNIO PÚBLICO NO DIREITO AUTORAL SOBRE AS OBRAS DE ARTE BIDIMENSIONAIS

Luisa Soares Ferreira Lobo

Graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a Lei nº 9.610/98 prevê período dentro do qual as criações intelectuais recebem a proteção do direito de autor em sua integralidade: tanto no aspecto moral quanto no aspecto patrimonial. Decorrido o prazo legal, a obra cai em domínio público e passa a ser permitida a sua livre reprodução sem que sejam devidos direitos patrimoniais de autor. O trabalho analisa os limites práticos no acesso às obras de arte bidimensionais que já caíram em domínio público. Busca-se demonstrar a tensão existente entre a efetividade do domínio público e o direito do proprietário da tela, tendo em vista a indissociabilidade entre a criação intelectual e o seu suporte físico. Enfrenta-se, ainda, a possibilidade de proteção do direito de autor sobre fotografias que apenas reproduzam as pinturas que já estejam sob o domínio público.

Palavras-chave – Direito Civil. Propriedade Intelectual. Direito Autoral. Domínio público. Obras de arte. Pinturas.

Sumário – Introdução. 1. O direito autoral sobre a pintura: a peculiar indissociabilidade material entre o *corpus mechanicum* e o *corpus mysticum*. 2. O direito à livre reprodução das pinturas sob o domínio público *versus* o direito do proprietário do suporte físico da obra. 3. A proteção do direito autoral sobre a fotografia que reproduz a obra de arte bidimensional sob o domínio público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho assenta-se no propósito de analisar a efetividade do domínio público na seara do direito autoral sobre as obras de arte bidimensionais, tendo em vista a particular indissociabilidade entre criação intelectual e suporte físico da obra.

O direito autoral, ramo do direito de propriedade intelectual, visa a proteger e a estimular as criações intelectuais, de forma a garantir ao autor o recebimento dos lucros que delas possam advir. O domínio público, por sua vez, mostra-se como um limite ao direito patrimonial do autor e assegura o direito à livre reprodução e utilização das criações intelectuais após a passagem de determinado lapso temporal, valorizando a disseminação do conhecimento.

No caso das pinturas, porém, a efetividade do domínio público é mitigada, uma vez que a criação do artista se apresenta materialmente inseparável da tela e da tinta utilizadas em sua



produção. Desse modo, o acesso ao conteúdo imaterial acaba por depender do acesso ao local onde está exposta a obra em seu suporte físico.

Nesse contexto, discute-se se as fotografias que consubstanciam a mera reprodução das pinturas sob o domínio público poderiam ser utilizadas como meios a facilitar o acesso às obras de arte, ou se sobre elas incidiria um novo direito autoral de titularidade do fotógrafo. Na segunda hipótese, o domínio público recairia exclusivamente sobre a pintura original, cujo acesso dependeria da vontade do proprietário da tela.

No primeiro capítulo deste trabalho, faz-se uma exposição sobre a forma pela qual é exercido o direito autoral sobre as pinturas e apresenta-se os requisitos para a incidência do domínio público, conforme a legislação pertinente.

No segundo capítulo, passa-se ao exame do conflito entre o direito à livre reprodução e utilização da criação intelectual e o direito do proprietário do suporte físico da obra, observadas as suas consequências na efetividade do domínio público.

No terceiro capítulo, estuda-se a possibilidade de se conferir a proteção do direito autoral às fotografias que apenas reproduzam pinturas que já caíram em domínio público, prática que limitaria, em última análise, o acesso ao conhecimento.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e a abordagem de seu objeto é qualitativa. Para sustentar a tese, são usadas fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, seguindo-se o procedimento bibliográfico. Também é realizada a pesquisa comparada a fim de investigar normas de direito autoral alienígena.

1. O DIREITO AUTORAL SOBRE A PINTURA: A PECULIAR INDISSOCIABILIDADE MATERIAL ENTRE O *CORPUS MECHANICUM* E O *CORPUS MYSTICUM*

Durante muitos séculos, as criações intelectuais não foram revestidas de proteção pelo Direito. Apesar de as diversas formas de manifestação intelectual serem valorizadas, ao que se sabe, desde a Grécia Antiga, período em que Homero teria criado as famosas obras *Iliada* e *Odisseia*, a primeira lei de direitos autorais conhecida no mundo foi o Estatuto da Rainha Ana, que entrou em vigor somente em 1710. Essa lei tinha aplicação restrita à proteção dos livros.

Já no século XIX, no ano de 1886, foi celebrada a Convenção de Berna, que inaugurou diretrizes de proteção dos direitos do autor sobre suas obras em nível internacional, contemplando as produções dos domínios literário, científico e artístico. A Convenção foi internalizada no Brasil por meio do Decreto nº 75.699/75 e serviu de base para a elaboração da



Lei nº 9.610/98, apelidada Lei de Direitos Autorais - a LDA. Os direitos do autor também encontram guarida constitucional, uma vez que a norma fundamental pátria atribui aos autores, em seu art. 5º, inciso XXVII, o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras.

O direito autoral consiste na proteção de ordem moral e patrimonial conferida por lei ao criador de uma obra intelectual - literária, artística ou científica - dotada de originalidade¹ e exteriorizada por qualquer meio ou suporte. Apresenta natureza jurídica híbrida, na medida em que abrange o direito moral do autor - direito personalíssimo - e o direito patrimonial decorrente da exploração econômica da criação, relacionado ao direito real de propriedade.

Eliane Y. Abrão² ensina que

os direitos autorais compõem um sistema de normas com dupla ordem de direitos. A primeira, voltada à pessoa humana criadora de obra intelectual, o autor, apresenta características morais, fundadas na personalidade e no exercício da liberdade de expressão, e características patrimoniais, decorrentes das relações de caráter real no uso e gozo das obras criadas e materializadas (*res*); a segunda, voltada à coletividade, é baseada no direito constitucional de todos ao progresso científico, ao acesso ao conhecimento, ao lazer, e à cultura, razão e fundamento da temporariedade da proteção.

É no contexto do princípio da temporariedade da proteção que se insere o domínio público, cuja incidência sobre as obras de arte bidimensionais – as pinturas – é o tema central deste trabalho.

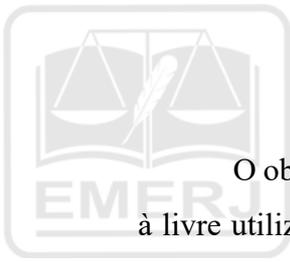
De acordo com a LDA³, a proteção conferida ao autor de obra intelectual é vitalícia e ainda perdura *post mortem* por setenta anos contados do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, no caso de o autor ter deixado herdeiros. Decorrido o prazo septuagenário, a obra cai em domínio público, de modo que qualquer pessoa possa explorá-la economicamente sem depender da autorização do autor. Em outras palavras, passado o prazo legal, o direito do autor, em seu aspecto patrimonial, perde o caráter de exclusividade.

A LDA estabelece ainda que pertencem ao domínio público as obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores, e aquelas de autores desconhecidos, ressalvando-se a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

¹ Esse requisito não deve ser entendido como “novidade absoluta”, e sim como elemento capaz de diferenciar a obra de determinado autor das demais. PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 24.

² ABRÃO, Eliane Y. *Comentários à Lei de Direitos Autorais e Conexos: Lei nº 9610/98 com as Alterações da Lei 12.853/2013, e jurisprudência dos Tribunais Superiores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 5.

³BRASIL, *Lei nº 9.610/98* de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.



O objetivo primordial do domínio público consiste em assegurar à coletividade o direito à livre utilização da criação intelectual. A obra que, ao cair em domínio público, é difundida pela sociedade, estimula novas mentes criativas a fabricarem novas obras baseadas nas primeiras. Nas palavras de Pedro Paranaguá e Sérgio Branco⁴:

o ser humano cria a partir de obras alheias, de histórias conhecidas, de imagens recorrentes. Sempre foi assim e sempre será. O efeito do direito autoral nos autores de obras subsequentes requer uma ênfase especial. Criar um novo trabalho envolve pegar emprestado ou criar a partir de trabalhos anteriormente existentes, bem como adicionar expressão original a eles.

Hoje, por exemplo, é plenamente possível reproduzir uma obra de William Shakespeare ou de Jane Austen sem que seja necessário pedir autorização e pagar direitos patrimoniais por isso, devendo ser respeitado apenas o direito moral dos autores. Da mesma forma, é possível utilizar livremente uma composição de Ludwig van Beethoven ou de Wolfgang Amadeus Mozart, obras intelectuais que já caíram em domínio público.

Indubitável, portanto, a importância da temporariedade, da qual decorre o domínio público, na promoção do acesso coletivo à cultura e ao conhecimento.

Estabelecida essa premissa, deve-se atentar ao caso particular das pinturas, definidas como obras intelectuais suscetíveis de proteção no art. 7º, inciso VIII da LDA⁵.

A lei demonstra de forma clara a autonomia existente entre o conteúdo imaterial referente à criação intelectual do autor - o *corpus mysticum* - e o meio físico por meio do qual tal criação se materializa – o *corpus mechanicum* – cuja propriedade é passível de transmissão.

Nessa linha, dispõe o art. 37 que a aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes. Isso significa que uma pessoa que adquira um quadro de Tarsila do Amaral ou de Cândido Portinari, por exemplo, terá a propriedade do suporte físico da obra, mas, em regra, não poderá reproduzi-la ou explorá-la economicamente sem a autorização dos herdeiros dos referidos artistas brasileiros. Afinal, no tempo em que vigora a proteção aos direitos patrimoniais do artista, conferida nos moldes da lei, certo é que, como regra geral, a obra não pode ser reproduzida sem a autorização do autor ou de seus herdeiros. A contrário senso, entende-se que, no momento em que a pintura cai em domínio público, passa a ser livre a sua utilização não apenas pelo proprietário do quadro – adquirente do suporte físico – como

⁴ PARANAGUÁ; BRANCO. op. cit., p. 58-59.

⁵ BRASIL, op. cit., Art. 7º.



também por todos os membros da coletividade, pois o que cai em domínio público é o conteúdo imaterial.

Diante desse cenário, pode-se inferir, novamente recorrendo aos exemplos práticos, que a qualquer pessoa é garantido o direito de reproduzir ou explorar economicamente a famosa pintura do artista pós-impressionista Vincent Van Gogh “A Noite Estrelada”, que pertence ao acervo do Museu de Arte Moderna de Nova Iorque – o MoMA. A reprodução do conteúdo imaterial é livre, mas, como nas pinturas o *corpus mysticum*, compreendido como a criação do artista relacionada à sua criatividade e à sua técnica, é indissociável do *corpus mechanicum*, consistente na tinta e na tela de propriedade do Museu, o acesso à única obra original acaba por se sujeitar às restrições impostas pelo proprietário do seu suporte físico, tema que será desenvolvido no próximo capítulo.

2. O DIREITO À LIVRE REPRODUÇÃO DAS PINTURAS SOB O DOMÍNIO PÚBLICO VERSUS O DIREITO DO PROPRIETÁRIO DO SUPORTE FÍSICO DA OBRA

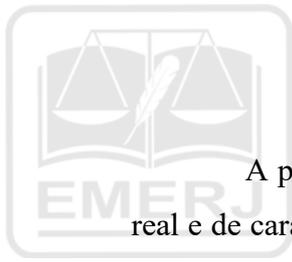
A propriedade pode ser compreendida, de forma sintética, como a submissão de um objeto de direito a uma pessoa, chamada proprietária.

O Código Civil⁶ estabelece que o titular do direito de propriedade 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. Trata-se de direito que abrange, portanto, quatro poderes: o uso, o gozo, a disposição e a reivindicação. Entre suas principais características estão a perpetuidade, a oponibilidade *erga omnes* e a exclusividade. Caio Mário da Silva Pereira⁷ leciona que

o direito de propriedade é em si mesmo uno (...). A condição normal da propriedade é a plenitude. A limitação, como toda restrição ao gozo ou exercício dos direitos, é excepcional. A propriedade, como expressão da senhoria sobre a coisa, é excludente de outra senhoria sobre a mesma coisa, é exclusiva: *plures eadem rem in solidum possidere non possunt*.

⁶ Id., Lei n° 10.403/2002, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 set. 2018. Art. 1228.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: Volume IV, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 95.



A partir desses elementos, entende-se que a propriedade é direito subjetivo de cunho real e de caráter amplo. Além disso, consiste em direito fundamental previsto no art. 5º, XXII da Constituição Federal⁸.

O artista, ao manipular a matéria-prima - essencialmente a tela e a tinta no que concerne às obras de arte bidimensionais -, e ao transformá-la em algo novo, materializa a sua criação, atribui valor diverso à coisa originária e se torna proprietário do objeto criado. Tal processo se subsume à espécie de aquisição da propriedade móvel denominada especificação, qual seja, a manipulação e a transformação de matéria-prima por ação necessariamente humana. Sobre a espécie, Caio Mário⁹ destaca que

a importância social desta modalidade aquisitiva é muito grande, tendo-se em vista a capacidade criadora do homem, as atividades artísticas, a elaboração artesanal, o desenvolvimento da indústria etc. São exemplos, todos, lembrados pelos civilistas: a pintura em relação à tela; a escultura em relação à pedra, madeira ou metal; o trabalho gráfico em relação ao papel ou assemelhados; o bordado, ao tecido ou à linha, além da manipulação industrial em relação a toda espécie de matérias-primas. Em qualquer caso, todavia, a “novidade” é encarada em sentido econômico e não filosófico, vale dizer que a nova *species* há de resultar de alteração dotada de importância.

O Código Civil¹⁰ regula a especificação somente no contexto em que o especificador utiliza matéria-prima alheia. Nesse caso, dita a lei que adquirirá a propriedade da coisa o especificador de boa-fé, se não for possível restabelecer a forma precedente; mas, se de má-fé, a espécie nova será do proprietário da matéria-prima. No entanto, no caso das obras de arte, é muito provável que o valor da espécie nova exceda consideravelmente o da matéria-prima, hipótese em que esta será do especificador, que ressarcirá eventuais danos ao primeiro proprietário.

Percebe-se, no que tange tanto às criações intelectuais, em geral, quanto às pinturas, em particular, a coexistência de dois tipos de propriedade: a propriedade imaterial, conexa aos direitos do autor, incluídos os direitos morais e patrimoniais do criador da obra; e a propriedade material, relacionada ao direito sobre o suporte físico da obra, que confere ao seu titular, em princípio, todos os atributos e poderes inerentes a ela. Vê-se que o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica cabe, portanto, ao seu autor¹¹.

⁸ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

⁹ PEREIRA, op. cit., p. 167.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 6. Artigos 1269 a 1271.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 3. Art. 28.



Por um lado, nos termos da Lei de Direitos Autorais¹², os direitos morais do autor são inalienáveis, irrenunciáveis e perpétuos. Por outro lado, certo é que pode o autor alienar a propriedade sobre o suporte físico de sua obra, bem como ceder os direitos patrimoniais sobre a sua criação, que, como visto, submetem-se ao princípio da temporariedade. Aliás, são essas possibilidades bastante relevantes para que o artista aufera lucros com o seu trabalho.

É nítido que a lei procura proteger os direitos do autor mesmo após a alienação da obra. Observa-se, por exemplo, que o artigo 38 da LDA garante ao autor o direito irrenunciável e inalienável de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte original que houver alienado. Ainda, o artigo 77 da lei prevê que o autor de obra de arte plástica, como a pintura, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la. Para a reprodução, é mister a autorização por escrito, que se presume onerosa¹³.

Neste trabalho, entretanto, não se pretende examinar o acesso às obras de arte enquanto ainda estiverem sujeitas aos direitos patrimoniais do autor, mas sim analisar a tensão entre o direito do proprietário da obra de arte que já esteja sob o domínio público e o direito da coletividade a acessá-la. Nesse cenário, admitem-se como proprietários eventuais sucessores do autor, no caso de a obra não ter sido alienada a outrem, ou terceiros que a tenham adquirido no comércio de obras de arte. Evidentemente o proprietário da obra não será o seu autor, dado que uma pintura sob o domínio público tem necessariamente autor desconhecido ou já falecido¹⁴.

Suponha-se que um sujeito deseje reproduzir uma pintura do artista surrealista René Magritte, cujas obras caíram em domínio público em 1º de janeiro de 2018. Não é encontrada em meio eletrônico nenhuma imagem da pintura desejada em resolução suficiente para a utilização, de modo que precisará acessar diretamente o local onde está a obra original. Caso a obra esteja exposta em um museu, será necessário que o sujeito compareça ao local de exposição. Possivelmente, submeter-se-á ao pagamento de um valor para o ingresso. Uma vez lá, se precisar de uma estrutura mais complexa para efetuar a reprodução da pintura, terá que pedir autorização do museu e, em alguns casos, realizar outro desembolso. Ainda mais complicada é a situação caso o suporte físico no qual está o conteúdo imaterial sob o domínio público seja de propriedade de um colecionador privado. Nessa hipótese, não pode o sujeito violar a propriedade do dono da pintura para ter acesso a ela. No mínimo, terá que entrar em

¹² *Ibid*, art. 27.

¹³ *Ibid*, art. 78.

¹⁴ Deve-se observar, nesse caso, o disposto nos artigos 44 e 45, I da Lei nº 9.610/98.



acordo com o proprietário da tela para obter acesso à criação de Magritte. Fica claro que a dissociação entre o corpo mecânico e o corpo místico limita o instituto do domínio público, enfraquecido diante do alto valor atribuído pelo ordenamento jurídico ao tradicional direito de propriedade do objeto material.

Deve ser apontada, enfaticamente, a gravidade da limitação ao acesso do público às pinturas sob o domínio público, o que, pela semântica, já demonstra a incongruência existente. Afinal, a impossibilidade de se conhecer obras de renomados artistas que representam, em suas criações, impressões do período histórico em que viveram – e muitos aspectos mais – causa incalculável prejuízo à sociedade.

Uma alternativa para garantir o acesso do público às referidas obras se daria por meio da desapropriação, intervenção do Estado na propriedade privada por meio da qual se transformaria o bem privado em público, mediante justa e prévia indenização. Encontra amparo constitucional do artigo 5º, XXIV da Lei Maior¹⁵, que dispõe: “a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. Sobre o instituto

os requisitos constitucionais exigidos para a desapropriação resumem-se na ocorrência de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social no bem a ser desapropriado e no pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro.

O interesse social determina muitas vezes uma limitação à propriedade individual, que pode chegar à sua supressão ou transferência forçada, pois, como se sabe, não vigora mais nos dias atuais a concepção absoluta dessa propriedade, que deve conciliar-se aos interesses da coletividade¹⁶.

Trata-se, porém, de medida extrema de caráter excepcional, tendo em vista o seu significativo impacto no direito fundamental de propriedade. Além da excepcionalidade da medida, seria preciso desembolsar elevado valor para a indenização e providenciar condições adequadas para o acondicionamento da obra.

Não se vislumbra, hoje, a possibilidade real de se proporcionar o acesso da sociedade à pintura caída em domínio público pela via da desapropriação. É que se admite, com pesar, que o direito à cultura, apesar de direito fundamental, não apresenta o caráter de essencialidade que outros direitos fundamentais, tais como a saúde e a educação básica, fazem-no. Assim, deve

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Aquisição e Propriedade de Obras de Arte. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015, p.351.

o Estado dar prioridade à efetivação destes direitos, e a realidade mostra que o investimento nessas áreas já não tem sido suficiente. A expectativa de que o Estado possa voltar a sua atenção às obras de arte, nessas circunstâncias, corre o risco de ser encarada como utopia.

Atualmente, portanto, o direito de propriedade do colecionador privado prevalece sobre o direito coletivo à livre reprodução da pintura sob o domínio público, uma vez que não há na legislação brasileira previsão efetiva de mitigação do primeiro e sólido direito em prol do acesso à obra, muitas vezes necessário à efetivação do segundo direito.

Quanto aos museus, é inquestionável a sua função de disseminar o conhecimento e de aproximar cultura e sociedade; da qual decorre o dever de garantir amplo acesso ao seu acervo. Compreensível, porém, a cobrança de entrada no local de exposição, desde que compatível com os custos para a manutenção do local e dos funcionários e para a conservação das obras. Aponta-se como uma boa forma de proporcionar o acesso livre e gratuito às pinturas sob o domínio público a disponibilização por meio da rede mundial de computadores de imagens em alta resolução que propiciem o seu uso e a sua reprodução. Ocorre que os museus têm cobrado direitos patrimoniais do autor sobre essas fotografias, a pretexto de serem obras independentes em relação às pinturas fotografadas, tema que será estudado no próximo capítulo.

3. A PROTEÇÃO DO DIREITO AUTORAL SOBRE A FOTOGRAFIA QUE REPRODUZ A OBRA DE ARTE BIDIMENSIONAL SOB O DOMÍNIO PÚBLICO

Os relatos históricos costumam apontar que a fotografia surgiu na primeira metade do século XIX, mais especificamente em 1826, quando o francês Joseph Niépce elaborou a primeira foto da História usando uma câmera escura. Passada pouco mais de uma década, a criação de Niépce foi aperfeiçoada por seu conterrâneo Louis Daguerre, a quem se atribui a invenção do daguerreotipo, instrumento precursor da máquina fotográfica.

Também no século XIX, desenvolveu-se, principalmente na Europa, o Realismo, movimento de expressão literária e artística que privilegia a objetividade no tratamento da realidade. Nesse contexto, a fotografia, nos primeiros anos após o seu nascimento, era vista somente sob o seu aspecto documental, ou seja, como meio de reprodução exata da realidade. À época, afastava-se a possibilidade de a fotografia ser inserida no campo das Artes. Afinal, a sua formação dependeria da utilização de uma máquina e não há a participação das mãos do artista, diferentemente do que ocorre com a produção das pinturas e das esculturas.



Apenas no final do século XX, passa-se a admitir o papel da fotografia como meio de expressão artística. Reconhece-se que a imagem ali retratada vai além do registro de um ponto localizado no tempo e no espaço, pois está imbuída da escolha do fotógrafo em relação ao ângulo e a forma pela qual decidiu representar o objeto representado. Demonstra-se a presença de uma subjetividade autoral que ultrapassa a objetividade consubstanciada na máquina fotográfica.

Hoje não há dúvidas de que as fotografias, sejam de um fotógrafo amador, sejam de um fotógrafo profissional, estão sob o manto de proteção do Direito Autoral, conforme previsão expressa no art. 7º, VII da Lei de Direitos Autorais¹⁷. Em regra, portanto, a reprodução e a utilização dessa obra intelectual protegida dependem do consentimento prévio e expresso de seu autor, devendo-se sempre dar a ele o reconhecimento da autoria. O direito do autor de obra que eventualmente seja objeto de fotografia também é protegido. Observa-se, porém, que, como já estudado nos capítulos anteriores, o seu viés patrimonial se esvai no momento em que a obra cai em domínio público.

É importante compreender que a tutela proporcionada pela LDA tem como base um pressuposto que caracteriza a criação intelectual, qual seja, a originalidade. Tal pressuposto mínimo previsto no Direito pátrio funciona como estímulo à produção de algo que decorra da criatividade e da individualidade do sujeito autor.

É pacífico no ordenamento jurídico brasileiro a qualificação da obra fotográfica como criação intelectual protegida, diante da capacidade que a fotografia apresenta de transmitir ao seu espectador a visão original do fotógrafo. Essa particularidade demonstra a subjetividade ínsita, em regra, às fotografias. Indaga-se, porém, se toda fotografia ostenta os requisitos necessários à aplicação da proteção legal. Este trabalho defende a resposta em sentido negativo.

Toma-se como premissa que o artigo 7º, VII da LDA, ao estabelecer que as obras fotográficas são obras intelectuais protegidas, deva ser interpretado à luz dos pressupostos da criatividade, da originalidade e da individualidade. Assim, entende-se que

como toda a tutela do direito de autor baseia-se na criação, na originalidade, ainda que relativa, mas sempre com a tônica da individualidade, não são taxativos nem o rol do artigo 7º, que contempla as obras protegidas, nem o do artigo 8º que apresenta o elenco de obras não protegidas, sobre as quais não incide direito de autor.

A obra é protegida, no elenco exemplificativo do artigo 7º, desde que tenha criatividade e originalidade, dignas de tutela; (...) ¹⁸.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁸ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos Fundamentais para a Proteção Autoral de Obras Literárias, Artísticas e Científicas. Peculiaridades da Obra de Artes Plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015, p.299.



Nessa linha, passa-se a questionar como se dá a proteção conferida pelo direito de autor à fotografia que reproduz uma obra de arte bidimensional. Frisa-se que, em relação às obras de arte tridimensionais, como as esculturas, é inegável que a opção do artista quanto à perspectiva em que decide fotografar configura a originalidade que enseja a incidência da proteção. No que toca às pinturas, entretanto, são comuns as fotografias que visam apenas a reproduzir o conteúdo contido no quadro, conteúdo esse de autoria do pintor.

O tema foi tratado no caso *Bridgeman Art Library v. Corel Corporation* submetido à Corte Federal do Distrito Sul de Nova Iorque, em 1998. A companhia *Corel* vendia CD-ROOM's que continham imagens digitais de pinturas de artistas europeus, todas já sob o domínio público conforme as normas de direito autoral dos países de cada pintor. A *Bridgeman* ajuizou ação contra a *Corel* alegando ter *copyright* ou direito de cópia¹⁹ sobre as fotografias vendidas, sustentando que algumas daquelas imagens provinham, inclusive, de coleções privadas, às quais apenas a Biblioteca teria acesso. Foi concedido o pedido formulado pela *Corel* no sentido de ser proferido julgamento sumário em desfavor da requerente para extinguir o pleito. A Corte entendeu que as fotografias que meramente reproduziam as obras de arte bidimensionais sob o domínio público não apresentavam originalidade digna de proteção, até porque a intenção dos trabalhos era justamente elaborar reproduções exatas das pinturas, sem lhes acrescentar nenhuma contribuição original.

Assim como a *Bridgeman Art Library*, o Museu do Louvre, em Paris, um dos museus mais conhecidos do mundo, resguarda direitos de autor sobre as fotografias dos itens de seu acervo que disponibiliza em seu sítio eletrônico. Ali, lê-se o alerta de que as reproduções em fotografia expostas são protegidas pelo direito de propriedade intelectual²⁰. Isso significa que a fotografia da famosa obra de Leonardo di ser Piero da Vinci, *La Gioconda* ou *The Mona Lisa*, já sob o domínio público, encontrada no *site*, não pode ser utilizada sem a prévia autorização do Museu, em decorrência dos direitos sobre a obra fotográfica.

Ocorre que o fotógrafo de uma reprodução não acrescenta à fotografia a sua própria visão, mas somente representa a visão do artista do qual a obra reproduziu. As reproduções fiéis não dão espaço para escolhas criativas nem para a individualidade. Aliás, se uma reprodução transmitir a subjetividade do fotógrafo não será considerada uma boa reprodução, ou seja, terá falhado o fotógrafo ao não atingir o escopo de seu trabalho: a cópia fiel. Entende-se que

¹⁹ Observa-se que o sistema de proteção do *copyright* é adotado no direito anglo-saxão e apresenta enfoque no viés patrimonial dos direitos do autor.

²⁰ *Louvre Museum Official Website*: <<https://www.louvre.fr/en/conditions-use-images>>. Acesso em: 25 set. 2018.



trabalhos literários e artísticos são o resultado de um ou mais de três tipos de escolhas: escolhas técnicas, aquelas que são essencialmente ditadas pela técnica usada (...); escolhas funcionais, aquelas ditadas pela função a que um trabalho utilitário servirá (...); e finalmente escolhas criativas, aquelas que verdadeiramente se originam do autor e que, se outra pessoa as tivesse tomado, muito provavelmente se alcançaria um resultado diferente. Fotografias reprodutivas não resultam do terceiro tipo de escolhas, mas apenas do primeiro e do segundo: são o resultado de prévias condições técnicas, como a luz e a distância, etc. e o propósito de retratar a obra de arte original o mais fielmente possível.²¹

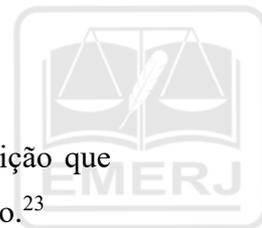
A habilidade e a técnica do fotógrafo, sozinhas, não configuram a originalidade. É certo que uma fotografia pode ser tão artística quando uma pintura ou uma escultura, mas nem sempre o é. Quando a fotografia não leva ao espectador uma qualidade especial que a caracterize como original, inexistente criação mínima que de alguma forma contribua com a sociedade, o que constitui o objetivo principal da LDA ao estimular os autores por meio da proteção. Não há, assim, justificativa para a concessão de proteção autoral ao trabalho que não apresente sequer uma originalidade relativa e que se limite a reproduzir uma obra já criada. Nas palavras de Pedro Marcos Nunes Barbosa, “quem não empenha uma mínima criatividade para realizar uma combinação original certamente não será agraciado pelo especial resguardo jurídico, diferentemente daquele outro que perpassou o filtro meritório da criação real.”²² Entendimento distinto violaria o princípio constitucional da isonomia.

É inevitável concluir que as obras fotográficas que objetivam a mera reprodução da obra de arte bidimensional não devem receber a proteção do direito autoral. Admite-se que deva ser dado crédito ao fotógrafo pela sua técnica; no entanto, tratando-se de reprodução de obra cuja criação intelectual não se atribua ao fotógrafo, mas sim ao artista da obra original sob o domínio público, não devem ser cobrados direitos patrimoniais sobre a fotografia.

Finalmente, defende-se que a postura correta a ser adotada pelos museus deveria ser aquela que se verificou praticada pelo Museu de Arte de São Paulo (MASP). O MASP informa em seu sítio eletrônico que não cobra a disponibilização de imagens pertencentes ao seu acervo,

²¹ PETRI, Grischka. *The Public Domain vs. The Museum: The Limits of Copyright and Reproductions of Two-dimensional Works of Art*. Disponível em: <<https://www.jcms-journal.com/articles/10.5334/jcms.1021217/>>. Acesso em: 20 mar. 2018; p. 5: “*Literary and artistic works are the result of one or more of three types of choices: technical choices, those that are essentially dictated by the technique used (...); functional choices, those dictated by the function that a utilitarian work will serve (...); and finally creative choices, those that truly stem from the author and where, if someone else has produced the work, there would most likely have been a different result. Reproductive photographs are not the result of the third type of choices but only of the first and second: they are the outcome of technical preconditions such as light, distance, etc., and the functional purpose of rendering the original work of art as faithfully as possible*”. Tradução livre.

²² BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 15, p.33-48, jan./mar. 2018, p. 47.



devendo-se respeitar a política de uso de imagens descrita no formulário de requisição que protege os direitos de autor concernentes às obras que não estão sob o domínio público.²³

Agir de forma diferente seria limitar significativamente o acesso do público às obras de arte, o que causaria um grande prejuízo ao direito ao conhecimento e à cultura.

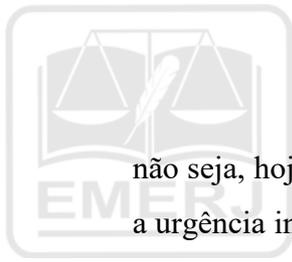
CONCLUSÃO

O direito de autor apresenta dois aspectos: o moral e o patrimonial. Os direitos morais do autor se inserem no campo dos direitos da personalidade e se caracterizam como inalienáveis e irrenunciáveis. Os direitos patrimoniais, por sua vez, são considerados bens móveis passíveis de cessão. Sua proteção tem como objetivo o estímulo às criações intelectuais, uma vez que se assegura ao criador o recebimento dos frutos que a sua obra possa gerar. No entanto, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da temporariedade, o direito patrimonial do autor não é perpétuo. Prevê a Lei de Direitos Autorais, em regra, o prazo de 70 anos, contados a partir do primeiro dia do ano subsequente ao do falecimento do autor, após o qual a obra cairá em domínio público.

A obra intelectual sob o domínio público pode ser reproduzida livremente por quem o desejar, mantido apenas o direito moral do autor, que impõe que se dê o crédito da criação ao criador da obra original. No caso das obras de arte bidimensionais, porém, constata-se a indissociabilidade entre a criação intelectual – a pintura – e o seu suporte físico – a tela e a tinta. Diante disso, constata-se uma tensão entre o direito da coletividade ao acesso à obra de arte sob o domínio público - premissa necessária à efetividade do direito à livre reprodução -, e o direito de propriedade perpétuo e oponível *erga omnes* daquele que é dono do suporte físico. Ambos os direitos em conflito são direitos fundamentais.

Nesse contexto, limites impostos pelo proprietário do quadro ao acesso da coletividade à criação intelectual ali contida encontram, em tese, legitimidade fundada no direito de propriedade. Entretanto, entende-se que deve ser atribuída preponderância ao direito da coletividade a conhecer as obras de arte que, muito além da técnica, comportam manifestações artísticas que contam diferentes perspectivas e impressões sobre os períodos históricos pelos quais passaram a humanidade. Admite-se, porém, que proporcionar eficácia ao direito à cultura

²³ Museu de Arte de São Paulo Assis Chateaubriand: <<https://masp.org.br/acervo/intercambio>>. Acesso em: 25 set. 2018.



não seja, hoje, uma das prioridades do Estado, já que tal direito não contém a essencialidade e a urgência inerentes a outros direitos fundamentais, como a saúde e a educação básica. Assim, não se vislumbra a possibilidade de tomada de medidas por parte do Estado, por ora, que ampliem a efetividade do domínio público nesses casos.

Defende-se, como solução para que se compatibilize o direito de acesso à obra ao direito do proprietário da tela, a disponibilização de fotografias em alta resolução que reproduzam as obras de arte sob o domínio público na rede mundial de computadores. Sobre as fotografias não devem incidir direitos do autor, porque elas carecem de originalidade mínima, pressuposto necessário à proteção legal. Desse modo, dar-se-ia mais eficácia ao domínio público o que promoveria, em última análise, o direito fundamental à cultura e ao conhecimento.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. *Comentários à Lei de Direitos Autorais e Conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 15, p.33-48, jan./mar. 2018.

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

_____. *Lei nº 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. *Lei nº 10.403/2002* de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos Fundamentais para a Proteção Autoral de Obras Literárias, Artísticas e Científicas. Peculiaridades da Obra de Artes Plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015.

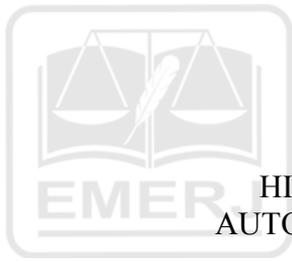
MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Aquisição e Propriedade de Obras de Arte. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015.



PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Volume IV, Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PETRI, Grischka. *The Public Domain vs. The Museum: The Limits of Copyright and Reproductions of Two-dimensional Works of Art*. Disponível em: <<https://www.jcms-journal.com/articles/10.5334/jcms.1021217/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.



HIPÓTESE DE INAPLICABILIDADE DE CLÁUSULA DE RESOLUÇÃO AUTOMÁTICA CONTRATUALMENTE PREVISTA EM REQUERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CASO OI

Luisa Whitaker de Assumpção Mattos Tavares

Graduada pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

Resumo – no Direito Empresarial se observa a regulamentação dos contratos do Direito Civil, regido pelos princípios da autonomia privada e, simultaneamente, da função social da empresa. Diversas vezes a legislação não é capaz de prever soluções para todas as realidades que surgem, especialmente quando há colisão entre princípios, devendo-se, em regra, respeitar a autonomia da vontade em nome da segurança jurídica. Recentemente, a ponderação desses princípios se mostrou essencial, afastando-se legislação específica, para a solução de questão socialmente relevante e complexa. A essência deste trabalho é abordar a decisão do referido processo judicial, considerando os princípios pelas partes levantados, a legitimidade do Poder Judiciário para afastar norma legal e estabelecer possíveis limites a esse amplo poder do Juiz.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Direito Civil. Recuperação Judicial. Função Social dos Contratos. Força Vinculante dos Contratos. Princípio da preservação da empresa. Cláusula de resolução automática.

Sumário – Introdução. 1. Ponderação de princípios: superando a força vinculante dos contratos em favor do interesse de terceiros usuários na manutenção de um serviço essencial. 2. Interferência do Poder Judiciário: possibilidade de afastar normas expressas de forma a criar soluções que permitam a recuperação da empresa e do exercício de sua função social. 3. Condições que devem ser impostas para que o Poder Judiciário afaste legitimamente previsões legislativas expressas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado pretende analisar a legalidade e os fundamentos constantes na liminar concedida pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro no processo de recuperação judicial do Grupo Oi (processo n. 0203711-65.2016.8.19.0001). A decisão evitou a aplicação imediata e automática de cláusulas que implicariam na resolução de diversos contratos com fornecedores da Sociedade Anônima Oi quando esta requereu sua recuperação judicial. Teve como fundamento de que isso impediria a continuação das atividades empresariais e um possível colapso na prestação do serviço de telefonia à milhares de consumidores, pois se trata da segunda maior empresa em telefonia fixa e quarta maior em telefonia móvel do país.

Discute-se, aqui, a possibilidade de o juiz suspender a aplicação de cláusula contratual, motivando sua decisão com base em princípios, como a garantia do interesse da



coletividade e da função social, enquanto que a disposição legal é expressa e em sentido contrário, gerando possível insegurança jurídica quando há interferência judicial.

Objetiva-se analisar como o juiz pôde superar a vontade do legislador em uma situação com previsão legal específica, embora prejudicial, não apenas às partes da lide, como também ao interesse de terceiros.

Baseia-se na Lei nº 11.101/2005, que regula, no sistema jurídico pátrio, a recuperação e o processo de falência de empresários e de empresas, e na previsão de seu art. 49, § 2º que "as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas (...), salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial". Assim, se os contratos contivessem cláusula de resolução em razão de simples requerimento para recuperação empresarial, formulado por qualquer das partes, pela literalidade do dispositivo legal, os contratos seriam resolvidos automaticamente.

Especialmente, pretende-se debater se seria possível que a jurisprudência substitua o papel do legislador, criando soluções que permitam a manutenção de um serviço considerado essencial. Podendo-se entender que o plano de recuperação é desenvolvido pelo devedor e seus credores no seu interesse, não haveria, então, impeditivos para decisões que, embora *contra legem*, não trouxessem prejuízo à nenhuma das partes.

Por fim, pretenderá propor parâmetros e condições para a atuação do interprete e aplicador do direito para lidar com situações em que pode ser mostrar necessário desobedecer expressa previsão legal, pois muitas vezes o legislador não foi capaz de prever situações e soluções para problemas que podem se mostrar capazes de afetar um universo muito extenso de pessoas.

Tudo considerando a doutrina e jurisprudência acerca do tema, com base no caso concreto e em nome da continuação do serviço, manutenção da empresa e do interesse social, estabelecendo parâmetros para evitar interpretações divergentes.

1. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: SUPERANDO A FORÇA VINCULANTE DOS CONTRATOS EM FAVOR DO INTERESSE DE TERCEIROS USUÁRIOS NA MANUTENÇÃO DE UM SERVIÇO ESSENCIAL

O artigo 49, § 2º, da Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação Judicial e Falências - LRF¹) prevê expressamente que devem ser observadas as condições

1 BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 09 de fevereiro de 2005. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 fev. 2005.



contratuais originariamente pactuadas no que se refere às obrigações assumidas pela recuperanda anteriores à recuperação judicial, salvo quando o plano de recuperação versar de modo diverso. Entretanto, na decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial da Sociedade Anônima Oi, tal previsão foi flexibilizada para que certas condições contratualmente pactuadas antes do deferimento da recuperação não fossem aplicadas de imediato.

Em decisão do dia 29/06/2016 (fls. 89.496-89.525 do processo) o requerimento de recuperação judicial da Oi² foi deferido e concedeu-se tutela provisória de caráter urgente para que não fossem aplicadas cláusulas resolutivas expressas ou cláusulas que previam o vencimento antecipado do contrato em razão de pedido de recuperação judicial, constantes em diversos negócios jurídicos em vigor à época do pedido.

Considerando os princípios contratuais clássicos³ da autonomia privada e o da força obrigatória dos contratos, os quais a previsão do art. 49, § 2º, da legislação falimentar, não fez qualquer reserva, não haveria espaço para se declarar a ineficácia dessa cláusula, quando verificado o cenário previsto pelos contratantes.

Em essência, a cláusula resolutiva expressa (art. 474, Código Civil de 2002 – CC/2002⁴) prevê situações que impõem a extinção do contrato regido pela autonomia das vontades. Tal cláusula demonstra que as partes, de antemão, previram situação que entenderam não mais ser proveitoso obrigar-se, pois seriam condições presumidamente desfavoráveis.

A recuperação requerida pelo contratante é, certamente, um cenário de grande incerteza, já que a possível decretação de falência traz indeterminação para os credores no que se refere a quando (e mesmo se) receberão os seus créditos (e qual o valor final que será recebido). A potencial insolvência do outro contratante justifica o acautelamento em contrato, prevendo tal resolução automática expressamente. Com isso, pretende-se garantir certa segurança jurídica quando se insere tal previsão com intuito de prevenir-se de situações em que não mais estaria equilibrado o contrato.

Contudo, adstrito a esses princípios, tem-se também a função social do contrato, que pode ser empregado para limitar a autonomia da vontade quando esta se encontrar em

2 BRASIL. Sétima Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0203711-65.2011.8.19.0001*. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004BA5FDA843C40B28043311EEB927FB53CC5051C40373C>. Acesso em: 17 abr. 2018.

3 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 12. ed. Rev., atual. e ampl. V. 3. Rio de Janeiro: Forence, 2017. p. 77.

4 BRASIL, *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002.



confronto com interesses sociais e se verificar que o último deve prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de contratar, como no caso de declaração contratual que pretende evitar relações com um empresário em recuperação judicial⁵. De modo semelhante, o Código Civil expressamente impede que convenções particulares prevaleçam quando se contrariarem a ordem pública, de maneira a assegurar a função social (art. 2.035, parágrafo único, CC/2002).

Desse modo, à primeira vista, considerando um contrato que contenha cláusula resolutiva expressa, em um cenário em que qualquer das partes requer a recuperação judicial, o contrato deveria ser resolvido de pleno direito, tendo qualquer decisão judicial referente a tal cláusula apenas efeitos declaratórios. Concretizando-se a situação antevista, não haveria discussão quanto à rescisão imediata contratualmente prevista, pois, quando expressa, dispensa a interferência do judiciário para configuração da rescisão e garante a nítida extinção contratual, salvaguardando os interesses do contratante para se evitar o inadimplemento da parte contrária. Por isso, a aplicação dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos é, à primeira vista, essencial para se garantir a segurança jurídica.

Porém, a validade da cláusula pode ser questionada e, dependendo da situação em análise, deve-se afastar a sua eficácia.

A cláusula de resolução automática deve ser analisada em cada caso concreto, permitindo-se a avaliação sob a perspectiva de outros princípios contratuais, como também os da boa-fé objetiva e da relatividade dos efeitos contratuais. Isso porque muitos dos contratos contemporâneos não impactam somente na relação entre os contratantes ou versam exclusivamente sobre seus interesses. Pelo contrário, outros elementos influenciam e são influenciados pelo negócio. Assim, a função social dos contratos deve ser observada para garantir que sejam considerados também os interesses da coletividade e não apenas das partes contratantes⁶.

Neste ponto, o juiz da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro preocupou-se especialmente com os efeitos aos consumidores dos serviços prestados pela recuperanda e os impactos que a interrupção dos contratos poderiam gerar à sociedade brasileira. Fundamentou⁷ que a análise da validade e da eficácia da cláusula não poderia se

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 7. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

6 CRUZ, Bruno Paiva. *Cláusula resolutiva expressa em recuperação judicial precisa de ponderação*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-14/bruno-paiva-clausula-resolutiva-expressa-recuperacao-judicial>. Acesso em: 17 abr. 2018.

7 BRASIL. Sétima Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0203711-65.2011.8.19.0001*. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb>



dar de maneira rígida, pois violaria o espírito do legislador e “colocaria em risco não só o sucesso da salvaguarda das empresas, como, em última análise, o interesse dos consumidores que sub-repticiamente ficariam alijados de serviços de natureza essencial e continua [...]”.

Suspendeu-se a eficácia de tais cláusulas, em síntese, pois a rescisão de contratos ligados à atividade essencial poderiam impossibilitar a continuidade da atividade e agravar ainda mais a situação da recuperanda, devendo-se analisar a questão também sob a ótica da função social dos contratos (art. 421, CC/2002). Além disso, devido ao alcance de seus serviços, era necessário avaliar os impactos que a interrupção do serviço poderiam causar, não apenas à milhares de pessoas físicas consumidoras, mas também às pessoas jurídicas de direito público e privado que dependem do serviço para garantir o bom funcionamento dos serviços que prestam à população⁸.

O princípio da preservação da empresa (art. 47, da LRF) também demonstra a preocupação do legislador com os interesses da sociedade, devendo-se interpretar tanto a lei quanto os contratos de maneira a permitir a manutenção dos negócios firmados pela recuperanda para permitir seu restabelecimento, solvência e continuação da atividade favorecendo também os seus consumidores. O inadimplemento das obrigações deve ser relevante para justificar a rescisão contratual, pois, quando ainda proveitoso ao outro contratante, a mera demora ou insolvência temporária não deve, por si só, implicar no isolamento da recuperanda.

No caso da recuperação judicial, a ponderação realizada deve fazer prevalecer a intenção legislativa de se preservar a empresa, demonstrada em diversas previsões ao longo da lei.

No que se refere à segurança dos credores, tem-se que a própria legislação mitiga suas garantias, como no caso da *conditional stay* (ou *stay period*, art. 6º, § 4º, da LRF), em que se previu que, do deferimento do processamento da recuperação judicial, inicia-se uma suspensão de todas as ações de execução contra o devedor⁹; ou quando a legislação permite que na Assembleia Geral de Credores seja aprovado plano de recuperação apresentado que contenha abatimento de valores a serem pagos aos credores¹⁰. No último caso, a lei traz a ressalva discutida no art. 49, § 2º, em que as obrigações anteriores ao deferimento da

/default.aspx?GEDID=0004BA5FDA843C40B28043311EEB927FB53CC5051C40373C. Acesso em: 09 set. 2018. p. 89-512.

8 *ibid.* p. 89.510-89.511.

9 AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2016. p. 127-130.

10 *Ibid.* p. 238-239.

recuperação seguem a livre pactuação, salvo quando diversamente estabelecido no plano de recuperação judicial.

Porém, o legislador foi breve ao tratar sobre as obrigações anteriormente assumidas. Mostra-se necessária a ponderação entre os princípios anteriormente destacados, da força obrigatória dos contratos e da autonomia da vontade, e os princípios da função social e da razoabilidade, tendo em vista a relevância do interesse da coletividade quando se trata de uma empresa que é a segunda maior em telefonia fixa e quarta em telefonia móvel no país¹¹, prestando um serviço inquestionavelmente essencial para os setores bancário, aéreo e para Justiça Eleitoral¹².

Pode-se alegar que, mesmo na hipótese de a recuperanda demonstrar que o contrato é essencial para sua atividade, a previsão original deveria ser observada, rescindido o pacto, obrigando a recuperanda a procurar no mercado outro fornecedor para o serviço ou produto. De fato, se tal objeto contratual pudesse ser encontrado na plena concorrência, parece razoável que o contratado não fosse obrigado a permanecer vinculado ao contrato, devendo a recuperanda procurar novo parceiro, que provavelmente aplicaria um preço diferenciado, tendo em vista o risco de convalidação em falência.

Por outro lado, a situação demonstrada pela Oi confirma a inviabilidade de seguir tal caminho, pois muitos dos contratos são realizados pelo único fornecedor, como no compartilhamento de antenas. A extinção deste contrato resultaria na interrupção de um serviço essencial, com potencial de afetar milhões de pessoas, considerando que em fevereiro de 2018 a Oi contava com quase quarenta milhões de usuários de telefonia móvel¹³.

No confronto entre a aplicabilidade da cláusula de resolução automática (força vinculante do contrato) e demais princípios que têm como objetivo a conservação dos interesses da coletividade, a ponderação acaba se inclinando para a prevalência e preponderância da preservação da empresa e da manutenção dos contratos, considerando as consequências danosas da interrupção dos serviços essenciais e contínuos, prestados e

11 TELECO. *Market share das operadoras de celular do Brasil e Market share das operadoras de telefone fixo do Brasil*. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/mshare.asp>. Acesso em: 17 abr. 2018.

12 BRASIL. Sétima Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0203711-65.2011.8.19.0001*. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004BA5FDA843C40B28043311EEB927FB53CC5051C40373C>. Acesso em: 09 set. 2018. p. 3-48.

13 TELECO. *Quantidade de celulares por operadora*. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/mshare.asp>. Acesso em: 17 abr. 2018.



direcionados aos consumidores, prevalecendo a necessidade de suspender a eficácia da cláusula contratual no caso em estudo¹⁴.

Se tal ponderação não fosse aceita, se eliminaria qualquer possibilidade de sobrevivência da recuperanda.

2. INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO: POSSIBILIDADE DE AFASTAR NORMAS EXPRESSAS DE FORMA A CRIAR SOLUÇÕES QUE PERMITAM A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA E DO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

Considerando a ponderação de interesses desenvolvida pelo julgador no caso Oi, que decidiu pela prevalência dos princípios da função social e da manutenção da empresa, afastando-se, provisoriamente, o princípio da força vinculante dos contratos para o caso concreto, torna-se necessário indagar como pode tal ponderação sobrepor-se à previsão legal expressa do art. 49, § 2º, da Lei nº 11.101/2005.

Na prática, o que se fez foi afastar a validade da cláusula de resolução automática, embora a lei tenha pretendido garantir a manutenção dos contratos da forma como foram negociados. A função desempenhada pelo Judiciário, nesse momento, foi o de garantidor de segurança do mercado consumidor e manutenção da atividade em favor dos que consomem os serviços oferecidos pela Oi. Porém, não se assegurou a segurança entre as partes contratantes, afastando a disposição contratual que entendeu-se colidir com o objetivo central da Lei de Recuperação e Falência (art. 47, Lei nº 11.101/2005).

A principal função, declarada pela própria lei, é que o processo de recuperação judicial seja capaz de viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de manutenção da atividade, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Assim, o princípio da preservação da empresa deve direcionar a interpretação de outras disposições legais, em especial acerca da validade e aplicação dos contratos, não podendo as disposições particulares superarem o espírito da lei.

Assim, se a empresa puder exercer sua função social, mais ainda se intensifica a justificativa para mais esforços no sentido de sua recuperação¹⁵.

14 BRASIL. Sétima Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0203711-65.2011.8.19.0001*. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004BA5FDA843C40B28043311EEB927FB53CC5051C40373C>. Acesso em: 17 abr. 2018.

15 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. rev. e atual. V. 3. São Paulo: Atlas, 2017. p. 94-97.



A solução encontrada pelo julgador busca a manutenção da atividade empresária, mas seria interessante indagar se, no caso de os papéis serem invertidos, a decisão seria no mesmo sentido.

Parece-nos que sim. O deferimento do processamento da recuperação judicial da Oi, até o presente momento, apenas suspendeu a previsão contratual da resolução automática, essencialmente em razão do comprometimento que a rescisão unilateral dos contratos traria para a prestação do serviço para milhões de consumidores e na impossibilidade da continuidade da empresa se tais contratos fossem interrompidos. A motivação concluiu que a rescisão, em razão unicamente do pedido de recuperação judicial, colocaria qualquer dos contratantes em posição de extrema desvantagem, rompendo com a presunção de igualdade contratual e desencorajando a cautela dos administradores em requerer a recuperação.

Isso por que há, nos contratos celebrados, a peculiaridade de que muitos dos fornecedores são os únicos a prestarem o serviço no local geográfico.

Com o objetivo de evitar a falência da empresa, possibilitar que a sociedade continue oferecendo seus serviços é essencial para a manutenção da atividade. Por esse motivo o pedido de recuperação judicial apresentou os requisitos necessários para a concessão de tutela de urgência. Esclareceu-se que a interrupção da prestação do serviço por muitos de seus fornecedores poderia implicar em consequências catastróficas para consumidores e para a sociedade brasileira, reduzindo a capacidade do Grupo Oi obter receitas necessárias e aumentando o passivo das sociedades envolvidas na recuperação.

O art. 300, do Código de Processo Civil de 2015¹⁶ (CPC/2015) prevê a concessão de tutela de urgência quando presentes elementos processuais que evidenciem a possibilidade do direito e o perigo de dano ou do resultado útil do processo. No caso em concreto, considerou-se que o direito da requerente de lhe ser proporcionada a reestruturação para soerguimento de sua atividade estaria ameaçada pela possibilidade de abandono dos contratos por seus fornecedores.

Por outro lado, ao impedir liminarmente a aplicação da cláusula de resolução automática não se entendeu que a manutenção dos contratos geraria mais prejuízos aos seus credores. Pelo contrário, supôs-se que as chances de sucesso da recuperação seriam ampliadas com a manutenção desses contratos.

16 BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 mar. de 2015. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 25 set. 2018.



Conforme demonstrado pela requerente da recuperação, embora não se tenha discutido a invalidade das cláusulas de resolução, restou convencido o Juízo de que tal disposição contratual colide com o objetivo da recuperação judicial, pois tornaria impossível, aos olhos de quem exerce a empresa, a superação da crise econômico financeira para preservar sua atividade¹⁷.

A requerente preencheu os requisitos para concessão da tutela de urgência para que se suspendesse a eficácia da cláusula de resolução automática na medida em que demonstrou que nenhuma obrigação tenha sido inadimplida, confirmando que não haveria prejuízo aos seus fornecedores. A liberdade de contratar deveria então, ser subordinada à função social dos contratos, prevalecendo questões de ordem pública.

A Oi declarou essencialmente que vivia uma crise financeira, já que foi declarada dificuldade temporária por falta de dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. No caso de crise financeira, a dificuldade apresentada pela sociedade se refere majoritariamente a problemas com liquidez, conseqüentemente implica dificuldade para pagar suas obrigações. A recuperação judicial tem grande potencial para demonstrar sucesso, pois diversos mecanismos previstos pela lei auxiliam no soerguimento da atividade, acreditando que as dificuldades, por serem passageiras, poderão ser superadas.

Embora seja concedido à Assembleia Geral de Credores a análise da possibilidade de sucesso do plano de recuperação, tal classificação deve ser considerada pelo julgador como motivo determinante para decidir acerca do pedido de tutela de urgência de uma sociedade como a Oi, que garante ter condições de se reestruturar, de outra que apresenta crise econômica ou crise patrimonial¹⁸. Isso por que, no primeiro caso, as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio e, no segundo, tem-se ativo inferior ao passivo, com dívidas que superam os bens da sociedade empresária.

Tal concepção doutrinária deve ser utilizada pelo juiz da recuperação para distinguir situações de perigo, alegadas no pedido de tutela de urgência, que podem ou não se tornar irreversíveis.

Apesar de o juiz não ter a atribuição de analisar a viabilidade ou não da recuperação, cabendo apenas a verificação de requisitos objetivos trazidos pela lei¹⁹, pois tal decisão cabe

17 CRUZ, Bruno Paiva. *Da (in) validade da cláusula resolutiva expressa em caso de requerimento de recuperação judicial*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249731,71043-Da+in+validade+da+clausula+resolutiva+expressa+em+caso+de>. Acesso em: 17 jul. 2018.

18 COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 16. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 241-242.

19 DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 281.



aos credores, no que se refere à liminar de tutela de urgência, por conta do momento processual em que deve ser analisada, cabe tão somente ao juiz deferi-la.

Considerando a abrangência de consumidores que a sociedade recuperanda presta serviços, sem contar com o interesse social em jogo, pois é fornecedora também de serviços essenciais para o setor bancário, aéreo, apuração eletrônica de votos nas eleições municipais e estaduais, entre outros, limitou-se a autonomia da vontade expressa em diversos contratos.

Ao decidir dessa maneira, o Juízo da Recuperação analisou as peculiaridades do caso concreto e realizou ponderação de princípios de maneira a privilegiar a função social e preservação da empresa, em detrimento da autonomia da vontade e força vinculante dos contratos.

Desse modo, o interprete solucionou de maneira bem fundamentada, em decisão liminar e sujeita e posterior juízo de retratação, uma situação que, caso fosse aplicada a literalidade da vontade das partes, poderia impedir a manutenção da atividade e prejudicar não somente aqueles que participaram dos contratos rescindidos, com também a sociedade brasileira.

3. CONDIÇÕES QUE DEVEM SER IMPOSTAS PARA QUE O PODER JUDICIÁRIO AFASTE LEGITIMAMENTE PREVISÕES LEGISLATIVAS EXPRESSAS

Embora se defenda que a solução encontrada pelo Juízo da Recuperação da Oi tenha proporcionado a manutenção da atividade e a continuação da empresa, é indispensável que sejam estabelecidos limites para que o Poder Judiciário possa adequadamente aplicar a lei de modo equânime de modo que a cláusula resolutiva expressa e outras previsões contratuais não se tornem imprestáveis em qualquer situação, mantendo sua função de trazer segurança aos contratantes.

É verdadeiramente impossível que o legislador preveja todas as situações na norma e, por isso, optou-se pela previsão de conceitos indeterminados e princípios, transmitindo às partes a previsão contratual versando sobre seu caso específico, de maneira a lhes assegurar melhor segurança aos negócios realizados e que elas próprias gerenciassem os riscos no seu melhor interesse. Por outro lado, ao Poder Judiciário cabe a análise da legalidade dessas previsões, pois muitas vezes cláusulas contratuais podem ser abusivas ou prejudiciais a terceiros.

A ponderação de princípios é ferramenta de interpretação jurídica utilizada para a efetivação de finalidades trazidas pelo ordenamento jurídico, mas questiona-se se poderia ser



utilizada de forma a contrariar normas expressas ou tão somente serviria para preencher lacunas legislativas.

O ordenamento deve ser interpretado de maneira a considerar sua unidade de seus conceitos que, mesmo fechados, devem sofrer a incidência de princípios de maneira a manter a congruência e a unidade de toda a sua estrutura²⁰. A determinação de modo rigoroso de parâmetros objetivos garante a realização dos valores do ordenamento jurídico de maneira a aplicar com maior precisão os princípios idealizados pelo legislador, mas pode trazer consequências negativas, como o engessamento que impossibilitaria o julgador de obter melhor solução para o caso concreto.

No caso da recuperação judicial, algumas das previsões expressas da Lei nº 11.101/2005 vem sendo afastadas pela aplicação do princípio da preservação da empresa. Por exemplo, a exigência de apresentação de certidões negativas de débitos com a Fazenda Pública, prevista no art. 57, Lei nº 11.101/2005, é inexigível, em razão da “finalidade do instituto da recuperação judicial, o que leva à conclusão pela dispensa das certidões”²¹.

Outro exemplo de superação do rigor da Lei n. 11.101/2005 foi admitido pelo STJ no que se refere ao prazo de 180 dias para suspensão de execuções após o deferimento do processamento da recuperação. A jurisprudência aceitou que tal prazo pudesse ser excedido, sempre com o objetivo de superação da crise e que fatores inerentes ao processo e não imputáveis à recuperanda^{22,23}.

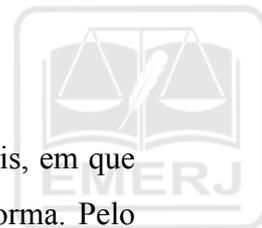
Disso se demonstra que o Judiciário se mostra preocupado em realizar a aplicação da lei de forma a compatibilizar a realidade social e o direito positivado. Ao assegurar o resultado útil do processo, garantindo a preservação da empresa, otimiza-se a prestação jurisdicional. A ponderação de interesses realizada pela decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial com tutela de urgência conciliou regras e princípios, aplicando com razoabilidade, os valores e objetivos do ordenamento a uma situação concreta.

20 FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 116-125.

21 BRASIL. *REsp nº 1.658.042/RS*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1658042&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 out. 2018.

22 BRASIL. *AgInt nos EDcl no REsp nº 1.323.788/DF*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201015536&dt_publicacao=12/12/2016. Acesso em: 22 out. 2018.

23 BRASIL. *AgInt no AREsp nº 887.860/SE*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 09/09/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1533305&num_registro=201600695911&data=20160909&formato=PDF. Acesso em: 22 out. 2018.



Destaque-se que a ponderação não é necessária somente para casos difíceis, em que não se encontra imediatamente a solução do caso com a subsunção do fato na norma. Pelo contrário, a aplicação e ponderação de princípios é necessária em toda decisão judicial. A motivação exposta pelo julgador deve, em alguma medida, realizar interpretação sistemática reforçando o ideal de uniformidade das normas do ordenamento.

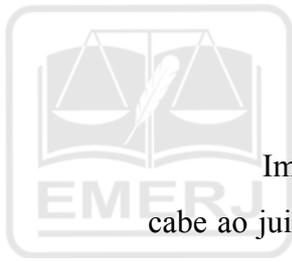
Uma das formas de controle do Poder Judiciário é a possibilidade de revisão de suas decisões. Por essa razão é necessária a motivação baseada em valores do ordenamento, conceitos jurídicos não estáticos, não apenas considerando o direito positivado como também as peculiaridades do caso concreto.

Quando se tem uma norma específica, a sua aplicação isolada do restante do ordenamento pode ser insuficiente, sendo necessário que as decisões judiciais sejam compatíveis com princípios e valores trazidos pela Constituição e pelo restante do ordenamento, respeitando a hierarquia das normas. A simples subsunção da norma ao fato concreto pode trazer falsa impressão de que se esteja garantindo a igualdade entre contratantes, porém, fazê-lo sem respeito às singularidades da situação fática pode ser um meio pelo qual o julgador oculte suas intenções, evitando que estas sejam analisadas em momento recursal²⁴.

Ressalta-se que a decisão no Caso Oi foi prolatada de forma genérica, atingindo todos os contratos em que a sociedade fazia parte, também em razão do volume de relações negociais responsáveis pela manutenção dessa empresa. Mas não se deve considerar que a interpretação realizada pelo Juízo possa ser reproduzida de maneira indiscriminada a outros pedidos que pretendem a recuperação da atividade. Sempre que possível o juiz deve avaliar a natureza dos contratos e o mercado em que o serviço ou produto se insere, considerando a existência de concorrência que possa preencher a resolução automática.

A concessão de tutela de urgência exige o preenchimento de requisitos específicos previstos no CPC e a urgência deve ser demonstrada em considerando especificadamente a natureza dos contratos objeto da liminar. A análise individual de cada negócio jurídico pode ser inviável, mas a recuperanda pode demonstrar, como foi feito pela Oi, que seus contratos são muitas vezes celebrados com fornecedores únicos, ou que o mercado tem pouquíssimos fornecedores, o que inviabilizaria nova contratação que permitisse a preservação da empresa.

24 TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Da Dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 27-29.



Importante destacar que, no momento do deferimento da recuperação judicial, não cabe ao juiz a análise da possibilidade de sucesso do soerguimento da atividade (art. 52, Lei nº 11.101/2005). Porém, no que se refere à análise da tutela de urgência requerida, é sua função compatibilizar os riscos advindos de sua concessão, já que, no contexto, pode haver risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º, CPC/2015).

Portanto, o Judiciário detém as ferramentas necessárias para que decida de maneira legítima, sem que a sua interpretação seja tida como afronta a previsão do legislador, mas uma aplicação complementar. Sendo função do intérprete antever as consequências de sua atividade interpretativa, garantindo que a razoabilidade seja aplicada de forma fiel aos valores do ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu demonstrar a existência de um conflito e consequente necessidade de ponderação de princípios que regem as relações privadas. Tudo considerando a inevitável obrigação de coerência com demais previsões do Ordenamento Brasileiro.

De um lado, a autonomia da vontade e a segurança jurídica e, de outro, os princípios da função social do contrato e da boa fé, que, no que se refere aos contratos, pretendem maximizar a utilidade de um negócio jurídico entre particulares em relação ao restante da sociedade.

No caso estudado, com o deferimento da tutela de urgência, foi necessário compatibilizar argumentos que, de início, pareciam incompatíveis. A prevalência, destacada pela Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresa e almejada pelas partes, deve ser a manutenção da empresa.

A possibilidade de o juiz realizar a ponderação de princípios quando se visualiza seu conflito é amplamente reconhecida, contudo, prejudica-se a segurança jurídica quando se afasta expresso dispositivo legal sob alegação de concretizar o intuito pretendido pelos princípios também emitidos pelo ordenamento, porém de forma menos concreta.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora é de que, no caso concreto, o julgador acertou ao deferir a tutela de urgência, pois a requerente comprovou evidente perigo e consequente impossibilidade de alcançar o objetivo pleiteado na recuperação de sua atividade. Presentes os requisitos para concessão de tutela de urgência, realizada a ponderação dos princípios e interesses ameaçados, a decisão judicial continha fundamentação completa e legítima.



Quanto à atuação do juiz, na hipótese, ter sido contrária à previsão legal expressa, verifica-se que o procedimento da recuperação judicial pretende proporcionar um acordo entre credores e devedores, já havendo previsão expressa do *stay period*, não se visualizando prejuízo aos credores que foram mantidos obrigados. O resultado útil do processo foi preservado pela decisão concessiva de tutela, tanto o foi que em 05 de fevereiro de 2018 foi publicada a decisão de homologação do plano de recuperação judicial das empresas envolvidas nesse processo.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que a atuação de magistrados em casos de envolvem direito de empresa, em especial a recuperação judicial, por se referir a interesses econômicos e estar sujeita à exigência de agilidade dos mercados atuais, exige análise casuística e não pode versar simplesmente da aplicação da lei de forma automática, mesmo que haja previsão expressa. Isso por que sempre é necessário considerar os fundamentos e princípios que regem as relações para melhor atender o interesse de todos aqueles abarcados pela solução jurídica encontrada.

Ficou evidente, por essas razões, que o Poder Judiciário, em situações extremas de conflito entre a lei expressa e princípios, pode superar a previsão legal com fim de obter maior utilidade do processo, beneficiando com equidade as partes sujeitas às decisões do Judiciário além de promover a Justiça em suas consequências.

Com tudo que foi dito, conclui-se que, apesar da possibilidade do Judiciário realizar tais interpretações e ponderações, especialmente quando se deparar com situação que a aplicação da lei é visivelmente prejudicial ao objetivo da própria norma. Deve-se sempre considerar essas situações como exceções, não podendo ser superada a lei expressa com prejuízo à segurança dos contratantes e lhes gerando dano. Ao Juízo são impostos limites, como a necessidade de fundamentação das suas decisões e possibilidade de revisão destas, tudo para garantir a congruência e coerência dos julgamentos e soluções encontradas com o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2016.

BRASIL, *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. *Lei nº 11.101*, de 09 de fevereiro de 2005. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 fev. 2005.



_____. *Lei nº 13.105*, de 16 mar. de 2015. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Civil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. *AgInt no AREsp nº 887.860/SE*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 09/09/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1533305&num_registro=20160695911&data=20160909&formato=PDF>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. *AgInt nos EDcl nº REsp no 1.323.788/DF*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201015536&dt_publicacao=12/12/2016. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. *REsp nº 1.658.042/RS*, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1658042&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Sétima Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0203711-65.2011.8.19.0001*. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004BA5FDA843C40B28043311EEB927FB53CC5051C40373C>. Acesso em: 17 abr. 2018.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 16. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRUZ, Bruno Paiva. *Cláusula resolutiva expressa em recuperação judicial precisa de ponderação*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-14/bruno-paiva-clausula-resolutiva-expressa-recuperacao-judicial>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CRUZ, Bruno Paiva. *Da (in) validade da cláusula resolutiva expressa em caso de requerimento de recuperação judicial*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249731,71043-Da+in+validade+da+clausula+resolutiva+expressa+em+caso+de> . Acesso em: 17 jul. 2018.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 7. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 12. ed. Rev., atual. e ampl. V. 3. Rio de Janeiro: Forence, 2017.



TELECO. *Market share das operadoras de celular do Brasil e Market share das operadoras de telefone fixo do Brasil*. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/mshare.asp>. Acesso em: 17 abr. 2018.

TELECO. *Quantidade de celulares por operadora*. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/mshare.asp>. Acesso em: 17 abr. 2018.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Da Dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. rev. e atual. V. 3. São Paulo: Atlas, 2017.



A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: REQUISITOS E NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO

Luiz Felipe Pereira Mattos

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

Resumo – Decorre da própria natureza do contrato de concessão a lógica da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Esse equilíbrio decorre da lógica de que uma vez desrespeitadas as regras estabelecidas no momento da contratação, a outra parte terá direito à recomposição do equilíbrio originalmente verificado. Trata-se de medida que tem como finalidade permitir a manutenção regular e eficiente do serviço público prestado, uma vez que o desequilíbrio na relação contratual afeta não apenas o poder concedente e o concessionário, mas também a população em geral, usuária do serviço. O presente trabalho objetiva analisar os fatores que podem ocasionar o desequilíbrio na equação econômico-financeira dos contratos de concessão e as formas de recomposição, analisando casos no Estado do Rio de Janeiro.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Contratos Administrativos. Concessão de Transporte Público. Reequilíbrio Econômico-Financeiro. Requisitos. Teoria da Imprevisão. Fato Previsível. Regulação Econômica.

Sumário – Introdução. 1. A problemática da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão. 2. Mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. 3. Conciliação entre os benefícios tarifários concedidos e a manutenção do serviço, respeitando a modicidade tarifária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de transporte público, em especial nas hipóteses em que se verificar o rompimento em razão da criação de benefícios tarifários por lei. Procura-se demonstrar que os benefícios tarifários concedidos a determinados grupos, que concretizam direitos sociais constitucionalmente previstos, como o direito ao transporte, podem ser conciliados com a manutenção do contrato de concessão por meio da recomposição da equação de equilíbrio.

Com esse objetivo, abordam-se posições doutrinárias acerca do tema para determinar em que momento contratual e como o equilíbrio entre o objeto e o preço é alcançado, discutindo-se os riscos assumidos pela concessionária e a possibilidade de ajustes nos casos em que se verificar o rompimento, de forma a evitar a rescisão contratual e prejuízo aos usuários.



O equilíbrio econômico-financeiro é tutelado pela Constituição Federal, que estabelece, em seu art. 37, XXI, que o administrado tem direito à manutenção das condições efetivas da proposta. Se forem alteradas as condições de forma unilateral pelo poder concedente, o impacto econômico gera um desequilíbrio na relação.

Por outro lado, o poder público, concedente do serviço de transporte público tem o dever de promover políticas que deem efetividade a normas programáticas dispostas no texto constitucional. Entre elas, a criação de benefícios tarifários para determinados grupos da sociedade.

O tema deve ser amplamente debatido, uma vez que desafia a conciliação entre o dever do Estado de promover e facilitar o direito de locomoção desses grupos da sociedade, sem que ocasione um desequilíbrio na relação contratual. A manutenção da equação econômico-financeira é importante não apenas para o concessionário, mas também para o poder concedente e toda a sociedade, usuária do serviço. A recomposição desse equilíbrio é um direito garantido pela Constituição, o que significa que não pode ser suprimido por lei.

Inicia-se o primeiro capítulo com a análise da importância do instituto para a manutenção dos contratos de concessão de transporte público, além da atração de investimentos privados. Analisa-se, ainda, como tal equilíbrio econômico-financeiro é formado, considerando-se os riscos da atividade para o estabelecimento da remuneração e do preço da tarifa.

No segundo capítulo, são analisadas as formas de recomposição da equação quando verificado o desequilíbrio. Para tanto, são analisadas as possibilidades de ajuste no contrato de concessão celebrado entre as partes, de forma a atender às políticas públicas e o princípio da modicidade tarifária.

Segue-se, no terceiro capítulo, com a discussão acerca da possibilidade de conciliação entre os benefícios tarifários concedidos e a manutenção do serviço, sem que haja prejuízo à regularidade e eficiência. Além disso, discute-se o impacto econômico decorrente da criação unilateral de benefícios tarifários pelo poder concedente.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em



foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. A PROBLEMÁTICA DA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

A concessão de serviço público, como conceituada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, é “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”. Depreende-se, portanto, que se trata de um serviço público, ou seja, tem como premissa o funcionamento com o objetivo de atender ao interesse da população em geral, delegado pelo ente público a um ente privado. O ente privado, que passa a ser concessionário do serviço, busca a satisfação dos interesses privados, ou seja, máximo proveito econômico possível.

Considerando essa premissa, pode-se concluir que em decorrência da natureza das partes contratantes, assim como do serviço prestado, surgem duas ideias contrárias no contrato de concessão de serviço público, fundadas nos interesses que, inevitavelmente, possuem lados opostos em determinadas questões. De um lado, tem-se a necessidade de que o serviço seja prestado de forma regular e de acordo com o interesse público, e de outro, o interesse da concessionária, empresa inserida no sistema capitalista, buscando o máximo de proveito econômico possível, afinal, visa o lucro.

Apesar de se tratar de um negócio jurídico de natureza contratual, dessa contraposição de interesses resultam várias consequências. Por ser o concedente um ente público, aplicam-se na relação os poderes da Administração Pública, entre eles a encampação, intervenção, além dos poderes de aplicar sanções e decretar a caducidade. Além disso, o concessionário, apesar de ente privado, fica sujeito aos princípios atrelados à prestação dos serviços públicos, como a continuidade, a mutabilidade, a regularidade e a eficiência. Em razão disso, as relações do concessionário com os usuários serão regidas pelo direito privado, enquanto a relação contratual com a Administração será pelo direito público.

Considerando tais peculiaridades, que tendem a colocar o poder concedente em situação vantajosa, as cláusulas contratuais devem ser estabelecidas de forma a equilibrar a

¹PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 90.



relação. Com efeito, ao contratarem, as partes devem estabelecer cláusulas, fundamentadas em estudos técnicos, que estabeleçam de forma efetiva as condições de prestação do serviço e as formas de remuneração. Para estabelecer a contrapartida, os contratantes devem analisar, principalmente, os custos da operação e manutenção do serviço, assim como os riscos decorrentes da própria atividade.

Isso porque, na concessão, o concessionário executa o serviço público em seu próprio nome, por meio de delegação da Administração Pública, e assume os riscos previsíveis da atividade desenvolvida, sendo remunerado por tarifa paga pelos usuários ou por outras formas, dependendo do contrato. Imprescindível, portanto, que os contratantes estabeleçam os deveres assumidos pelo concessionário e as formas de contraprestação, com o objetivo de alcançar um equilíbrio, que deverá ser mantido durante toda a relação contratual.

Alcançado esse equilíbrio inicial, as partes passam a ter direito à sua manutenção, exatamente por se tratar de uma relação de natureza contratual. Trata-se de importante ferramenta, especialmente para o concessionário de serviço público, tendo em vista as prerrogativas da Administração, poder concedente, que pode alterar unilateralmente as cláusulas contratadas com fundamento no interesse público.

A manutenção do equilíbrio, que se forma no momento da contratação, justifica-se pela aplicação do princípio da mutabilidade ao contrato de concessão de serviço público. Para Di Pietro², significa que “as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender a razões de interesse público. Nem o concessionário, nem os usuários podem opor-se a essas alterações”.

Pode-se concluir, portanto, que não existe para o ente privado da relação direito adquirido à manutenção das cláusulas contratuais celebradas entre as partes, em razão das prerrogativas da Administração legitimadas pelo interesse público. Contudo, ocorrendo alterações que acarretem ônus extraordinários ao concessionário, surgirá para este o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecido. É o que dispõe o art. 9º, 4º, da Lei nº 8.987³:

art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.
[...]

²Ibid., p. 95.

³BRASIL. *Lei nº 8.987/85*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em 22 mai. 2018.



§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

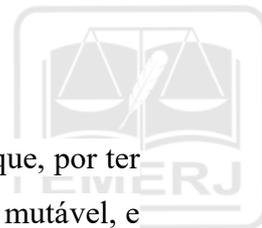
Esse direito à recomposição é, com efeito, a principal consequência da execução do serviço público por um ente privado, voltado ao lucro e a resultados econômicos positivos, o que, a princípio, se contrapõe fundamentalmente à ideia do interesse geral da população. No entanto, se tal direito não fosse garantido, o concessionário suportaria todo o ônus da mutabilidade contratual, o que colocaria em risco os próprios princípios da continuidade, regularidade e eficiência do serviço público.

De forma clara, conclui-se que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na concessão do serviço público acaba por ter como resultado final o próprio interesse público, uma vez que sem ele não seria possível a manutenção da prestação do serviço aos usuários, caso o ônus imposto ao concessionário não pudesse ser suportado.

Como já analisado, esse equilíbrio consiste na equação balanceada entre os encargos assumidos pela concessionária e a remuneração assegurada pelo poder concedente no momento da contratação, levando em consideração os riscos e custos inerentes à atividade a ser assumida, assim como outros encargos previsíveis. Alcançado o equilíbrio, este deve ser mantido durante toda a relação contratual.

Essa ideia foi desenvolvida originalmente pelo Conselho de Estado Francês, órgão precursor da jurisdição administrativa, remontando ao início do século XX⁴. Inicialmente, aplicavam-se aos contratos de concessão de serviço público os princípios do *pacta sunt servanda* e *lex interpartes*. O primeiro defende a necessidade de cumprimento dos contratos em razão da sua força obrigatória, já o segundo, defende que estes constituem lei entre as partes contratantes. Decorria daí, portanto, a noção de que o serviço era executado pelo concessionário em seu próprio nome e por sua conta e risco, ou seja, caberia a ele qualquer ônus decorrente da atividade, mas não se admitia a mutabilidade e flexibilidade que possibilitam a continuidade do serviço prestado.

⁴Nesse sentido, observa-se que no âmbito privado, desde o século XIX, acolheu-se a *cláusula rebus sic standibus*, que permitia a recomposição das condições inicialmente propostas na hipótese de superveniência de situações excepcionais. Já no direito administrativo, a adoção da ideia de recomposição do equilíbrio remonta à jurisprudência do Conselho de Estado da França, que adotou o entendimento de que existe uma equivalência entre aquilo que o particular se propõe a realizar e a contraprestação devida, motivo pelo qual seria devida indenização caso o contrato se tornasse excessivamente oneroso. A doutrina francesa, contudo, admitia essa recomposição apenas para os casos de alteração unilateral pela Administração. FORTINI, Cristiana; PIRES, Priscila Giannetti Campos. Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 288-289.



Ultrapassado esse primeiro momento, passou-se a desenvolver a ideia de que, por ter como objeto a execução de um serviço público, o contrato deve ser essencialmente mutável, e a partir daí surgiram as teorias do fato do príncipe, do fato da administração, a teoria da imprevisão e a possibilidade de alteração unilateral do contrato pelo poder concedente. Todas elas acabaram mitigando e eventualmente superando a ideia da obrigatoriedade de cumprimento das cláusulas contratuais, o *pacta sunt servanda*, sempre objetivando a regularidade e continuidade do serviço e atendendo ao interesse público.

No entanto, essa mutabilidade, que permite o poder de alteração unilateral da Administração, pode acarretar ônus excessivos ao concessionário, que a ela não pode se opor, quando verificado o legítimo interesse público na alteração. Nesse diapasão, surge o seu direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, e o problema que se coloca é saber como se concilia essa ideia com aquela originária, de que o serviço, na concessão, é executado por conta e risco do concessionário, uma vez que a mutabilidade acaba ensejando um ônus maior que o originalmente previsto e utilizado para o cálculo da remuneração.

Di Pietro⁵ estabelece requisitos para essa recomposição, em razão da natureza e da causa do aumento dos custos imputados ao concessionário. A autora defende que “as áleas ordinárias correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro”, enquanto as “áleas extraordinárias, por serem imprevisíveis e não imputáveis ao concessionário, correm por conta do poder concedente”.

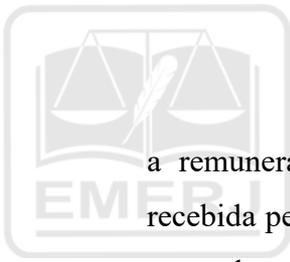
As áleas ordinárias são aquelas previsíveis no momento da contratação, ou seja, ainda que gerem maiores custos ao concessionário, deveriam ter sido consideradas para o cálculo da contraprestação, como exemplo, cálculo do valor da tarifa cobrada dos usuários levando-se em consideração o desgaste dos veículos. Não são alterações promovidas pelo poder público, mas decorrem da natureza do serviço e do próprio risco assumido pelo prestador.

Já as extraordinárias fogem da previsibilidade, são obrigações que o concessionário não teria como prever, e que abrangem as áleas econômicas, fundamentadas na teoria da imprevisão, e as administrativas, que decorrem do poder de alteração unilateral do contrato pela administração.⁶

A criação de benefícios tarifários, objeto de análise especial do presente trabalho, pode ser inserida na álea administrativa, pois se trata de medida adotada unilateralmente pelo poder concedente e que repercute negativamente para o concessionário, uma vez que diminui

⁵PIETRO, op. cit., p. 117.

⁶Ibid. p. 102.



a remuneração originalmente estabelecida no contrato, ou seja, altera a contraprestação recebida pelo serviço público oferecido. Configura, evidentemente, um risco imprevisível, ou que pelo menos foge da esfera de controle do concessionário, mas não do poder concedente. Por essa razão, verificado ônus excessivo, não pode ser imputável ao ente privado da relação, sob risco de ameaçar a regularidade e eficiência do serviço.

Cabe ressaltar que a hipótese não se enquadra em fato do príncipe, que, apesar de certa controvérsia doutrinária, relaciona-se com as medidas de ordem geral adotadas pela administração, sem relação direta com o contrato, mas que neles repercutem e geram o desequilíbrio. A criação de benefícios tarifários está diretamente relacionada ao contrato de concessão, pois diminui o universo de pagadores da tarifa dentre os usuários do serviço.

Deve-se considerar, por outro lado, que os benefícios tarifários criados, em regra, têm como objetivo promover políticas sociais e de inclusão. Possuem, portanto, um caráter de efetivação de direitos sociais constitucionais, razão pela qual se mostra pertinente a discussão acerca da forma cabível para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, direito do concessionário, sem que haja prejuízo aos usuários, ou seja, possibilitando a continuidade do serviço e a modicidade da tarifa.

Por outro lado, deve-se observar que, na prática, o instituto da recomposição do equilíbrio econômico financeiro é utilizado com fundamento em riscos previsíveis, ou seja, áleas ordinárias, como flutuação do câmbio e do preço de combustíveis, que certamente constituem fatos que decorrem do próprio risco inerente à atividade e ao serviço prestado. Deve-se discutir, portanto, as formas de limitação e regulamentação desse direito do concessionário, para evitar que seja utilizado em desfavor do interesse público e apenas favoravelmente ao privado.

2. MECANISMOS DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

A concessão de serviço público tem como lógica a delegação do seu gerenciamento e execução para o particular, que terá como remuneração, de forma geral, a tarifa cobrada do usuário, além das formas previstas nas modalidades patrocinada e administrativa. Nesse sentido, percebe-se que o cálculo realizado no momento da celebração do contrato leva em consideração os riscos e obrigações assumidas pelo concessionário, para definir a tarifa a ser cobrada dos usuários, permitindo assim a execução do serviço de forma regular, contínua e eficiente.



Contudo, os contratos de concessão de serviços, de forma geral, pressupõe uma relação de longo prazo entre poder concedente e concessionário, o que possibilita a interferência de fatores externos na relação, previstos ou não. No período de vigência do contrato, fatores previsíveis ou imprevisíveis podem abalar o equilíbrio alcançado, colocando em risco não só a relação contratual, mas também o serviço público prestado. Por esse motivo deve-se entender a garantia do reequilíbrio não só como um direito do concessionário, que busca manter a situação estabelecida no momento da contratação, mas também como uma forma de garantia da execução do serviço público, em benefício dos próprios usuários.

Tal é a importância do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, que a doutrina desenvolveu mecanismos para a proteção das partes, sendo certo que, se por um lado a Administração Pública pode alterar unilateralmente o contrato, por outro também podem ocorrer situações em que o poder concedente tenha que arcar com ônus excessivos, enquanto o concessionário se beneficia além do esperado.

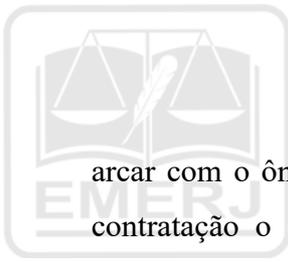
Nesse sentido, a doutrina defende a possibilidade de buscar o reequilíbrio da relação até mesmo nos casos de imprevisão e de ocorrência de fatores externos, e não apenas quando há atuação unilateral do poder concedente. Cristina Fortini e Priscila Gianneti Campos Pires⁷ afirmam que:

a garantia do reequilíbrio apenas nos casos de utilização das cláusulas exorbitantes não era suficiente para a proteção das partes, tendo em vista que os contratos estavam sujeitos às variações da economia e fatores externos que poderiam, mesmo sem qualquer conduta da administração, desequilibrar os termos inicialmente pactuados e inviabilizar/dificultar a sua execução. Desenvolveu-se a teoria da imprevisão na jurisprudência francesa, permitindo que também nos casos excepcionais e supervenientes os contratos pudessem ser reequilibrados.

Percebe-se, portanto, que o equilíbrio originalmente alcançado na celebração do contrato sofre naturalmente influência de fatores de risco inerentes ao longo prazo de duração. Essa influência acaba gerando um prejuízo maior para uma das partes, um ônus econômico extraordinário, que não foi considerado no momento do cálculo da tarifa. Para o restabelecimento do necessário equilíbrio, diversas são as medidas que podem ser adotadas, previstas ou não no contrato.

Nos casos de concessão de transporte público, quando o poder concedente decide criar um benefício tarifário para determinado grupos de usuários, não cabe ao concessionário

⁷FORTINI, Cristiana; PIRES, Priscila Gianneti Campos. Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 289.



arcar com o ônus decorrente da diminuição na arrecadação. Com efeito, se no momento da contratação o contratante realizou os cálculos com um determinado número de usuários pagadores, a concessão do benefício pela Administração Pública altera a situação originalmente prevista. Não se trata de risco inerente à atividade ou previsível, que deve ser assumido pelo concessionário.

Dessa forma, poderá ser requerido o restabelecimento do equilíbrio, e uma das medidas possíveis para tanto é o aumento das tarifas pagas pelos usuários do serviço. De fato, tal medida afeta diretamente um dos princípios inerentes à concessão de serviço público, a modicidade das tarifas. Contudo, não se pode exigir do concessionário que assuma os custos não contabilizados em benefício da coletividade. Isso decorre da existência dos interesses contrários no contrato de concessão, como anteriormente analisado.

O concessionário, ente privado inserido no sistema capitalista, busca tão somente resultados financeiros positivos, enquanto a Administração tem como dever a defesa do interesse público. Percebe-se, portanto, que as isenções e outros benefícios tarifários destinados a atender parcelas da sociedade, ainda que para efetivar direitos constitucionais, podem colocar em risco o princípio da modicidade das tarifas para toda a coletividade de usuários. De acordo com o princípio da modicidade, busca-se o estabelecimento de uma tarifa justa a ser cobrada dos usuários para a remuneração da concessionária, sempre buscando o menor valor e observando os custos de operação e manutenção do serviço.

Argumenta-se, por outro lado, que ônus decorrente do aumento da tarifa em razão dos benefícios deve ser suportado pela coletividade, por se tratar de política pública de atenção a grupos mais carentes e sensíveis, que sem tais isenções ou benefícios teriam seus direitos suprimidos. Se a concessão do benefício efetiva o direito social ao transporte, consagrado no art. 6º da Constituição Federal, verifica-se claramente o seu caráter de interesse público, o que enseja o seu custeio pela coletividade. Do contrário, a manutenção do ônus com o concessionário poderia acarretar prejuízo a todos os usuários, pois o serviço poderia ser suspenso.

De fato, cabe à sociedade, de forma solidária, possibilitar a promoção de direitos aos mais pobres. Ressalta-se, no entanto, que o poder concedente deve realizar os devidos estudos técnicos antes de implementar isenções, de forma responsável, evitando-se eventuais desvios de finalidade.

Alterações unilaterais do contrato pelo poder concedente devem ser excepcionais e sempre com o objetivo de atender ao interesse público, nunca como forma de promoção pessoal ou eleitoral, o que ofende princípios basilares da administração pública, entre eles a



impessoalidade e a moralidade. Não obstante, verificando-se o desequilíbrio, ainda que a medida mais comum seja a revisão das tarifas, não é a única que pode ser adotada.

Outra forma de resolver a situação é mediante a fixação de indenizações, hipótese em que o prejuízo causado a uma parte ou à outra será calculado e indenizado. Como já analisado, ônus extraordinário pode ser verificado para ambas as partes da relação, ou seja, o desequilíbrio pode ocorrer para um lado ou para o outro. Assim, ainda que seja menos provável, poderá também o poder concedente pleitear indenização caso esteja em situação desfavorável.

Deve-se lembrar que a probabilidade de ser a concessionária a prejudicada pelo desequilíbrio é maior exatamente em razão das prerrogativas da administração na concessão, especialmente a possibilidade de alteração unilateral dos contratos, além das hipóteses de ocorrência de fato do príncipe.

Segundo Marcos Augusto Peres⁸ “o pagamento pode ser efetivado pela parte beneficiada ou não prejudicada pelo desequilíbrio à outra parte contratual, pagamento voltado ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, pode assumir natureza jurídica indenizatória”. A lógica, para Luís Roberto Barroso⁹, é de que os meios adotados devem ter a capacidade de compensar os prejuízos verificados, oferecendo alguma vantagem econômica adicional à parte em desvantagem.

Além dessas, a doutrina costuma elencar também outras formas de recomposição do equilíbrio, como a prorrogação do prazo da concessão, permitindo que o concessionário explore o serviço por mais tempo que o originalmente previsto. Marçal Justen Filho¹⁰ afirma haver, no direito brasileiro, acepções jurídicas distintas acerca do termo “prorrogação”. Segundo o autor, existe a prorrogação-renovação do contrato, que “consiste num ato jurídico destinado a instaurar uma nova relação jurídica, envolvendo os mesmos sujeitos e com objetivo jurídico similar, depois de exaurido o prazo determinado na relação original”.

Outra acepção do termo, segundo o autor, é a prorrogação-ampliação do prazo, “por meio do qual o termo final de uma relação jurídica é transferido para o futuro. Essa figura destina-se a impedir a extinção da vigência do vínculo”. É essa acepção que se relaciona com a prorrogação nas hipóteses de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas

⁸PEREZ, Marcos Augusto. Mecanismos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 335.

⁹BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 2012, p. 209.

¹⁰JUSTEN FILHO, Marçal. *Prorrogação Contratual*: a propósito da Lei 13.448/2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prorrogacao-contratual-a-proposito-da-lei-13-4482017-12062017>>. Acesso em 05 out. 2018.



concessões, uma vez que não se cria uma nova relação jurídica entre as partes, mas transfere-se o termo final da relação original para o futuro.

Pode-se verificar, portanto, que a medida de prorrogação da concessão impede a extinção do vínculo, com a manutenção das condições contratadas e as alterações promovidas, como regulado pelo artigo 57, §1º, da Lei nº 8.666/93. Essa prorrogação independe de autorização legislativa, pois configura competência da Administração decorrente do seu poder de alterar unilateralmente o contrato administrativo.

Contudo, essa medida encontra certa resistência na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial com relatoria do Ministro Herman Benjamin¹¹, manifestou-se pela impossibilidade de prorrogação do contrato sem realização de nova licitação, pois violaria a regra da contratação por meio de licitação. Transcreve-se trecho do voto:

Com efeito, o STJ entende que estabelecido prazo de duração para o contrato não pode a Administração alterar essa regra e elastecer o pacto para além do inicialmente fixado, sem prévia abertura de novo procedimento licitatório, porquanto tal prorrogação implicaria quebra da regra da licitação, ainda que in casu se verifique a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato com o reconhecimento de que as concessionárias dos serviços devam ser indenizadas.

Estejam ou não previstas as medidas a serem adotadas no contrato, sempre será possível aplicar meios alternativos à indenização ou ajuste das tarifas. Outra forma de equalizar os custos supervenientes para as partes é a possibilidade de adiamento ou antecipação dos investimentos previstos no serviço. Neste ponto, contudo, deve ser observado que um dos requisitos da concessão é que o serviço público prestado pela concessionária atenda aos interesses dos usuários, respeitando-se os princípios da modicidade das tarifas, regularidade, eficiência e continuidade do serviço.

O adiamento de investimentos, ainda que de forma a recompor o equilíbrio econômico-financeiro, não pode ser fundamento para a prestação de um serviço que não atenda aos anseios e expectativas dos usuários, ou que não se mostre eficiente ou seguro.

Percebe-se a dificuldade na escolha de uma melhor forma de equalizar o desequilíbrio, podendo-se concluir que a análise deve ser feita casuisticamente, diante da inexistência de uma fórmula única. Pode-se concluir que todas as formas de recomposição implicam uma mudança na relação, que afeta direta ou indiretamente o usuário do serviço,

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.549.406/SC. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento em: 16 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=prorrogacao+concessao+equilibrio&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 10 out. 2018.



seja por meio do valor da tarifa cobrada, seja pela garantia da eficiência do serviço prestado. Por esse motivo, a criação de isenções deve sempre ser precedida de estudos técnicos, prevendo, de antemão, a medida mais adequada, de acordo com o caso concreto, de recomposição dos prejuízos.

3. CONCILIAÇÃO ENTRE OS BENEFÍCIOS TARIFÁRIOS CONCEDIDOS E A MANUTENÇÃO DO SERVIÇO, RESPEITANDO A MODICIDADE TARIFÁRIA

Nas hipóteses de criação de benefícios ou isenções tarifárias ou demais alterações unilaterais do contrato, deverá o poder concedente, concomitantemente, estabelecer a forma de recomposição dos prejuízos suportados pela concessionária. Tal previsão, por óbvio, não será possível quando o desequilíbrio decorrer de situações imprevisíveis, mas as partes poderão, desde a celebração do contrato, definir as medidas a serem adotadas para a solução e compensação dos ônus extraordinários.

Daí se extrai a necessidade de se estabelecer uma matriz de riscos, prevendo desde a contratação as obrigações de cada contratante da forma mais abrangente possível. Contudo, ainda que não previsto contratualmente, tanto a concessionária quanto o poder concedente terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. De qualquer forma, o usuário, como maior interessado na prestação do serviço, é inevitavelmente quem arcará com as medidas adotadas, seja em razão do aumento das tarifas, seja pela mudança na forma como o serviço será prestado.

Por esse motivo, uma das funções essenciais do instituto é desestimular que administradores públicos façam alterações desnecessárias no contrato de concessão, seja por motivos populistas ou com objetivo de promoção pessoal. A adoção de medidas que não se fundamentem no interesse público mostra-se extremamente prejudiciais ao contrato de concessão e ao próprio serviço concedido.

Com efeito, quando tais medidas são tomadas sem a realização de um estudo técnico prévio, que busque analisar a viabilidade econômica, a necessidade da implementação do benefício e a forma como eventual desequilíbrio será recomposto, como prevê a Lei nº 8.987, o resultado obtido é prejudicial à própria sociedade e ao grupo que seria beneficiado.

Isso porque, pode-se caracterizar o equilíbrio econômico-financeiro com um direito fundamental daqueles que contratam com o Estado¹², que visa à correlação entre os encargos

¹²WALINE, Marcel, apud TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/rda/download>. Acesso em 02 de out. de 2018.



e a remuneração correspondente. Assim, se a administração pública, poder concedente do serviço, institui gratuidades ou benefícios tarifários sem observar a moralidade e a impessoalidade, o ônus de recompor a balança ficará a cargo da coletividade ou dos usuários do serviço, por meio de uma das formas de recomposição do equilíbrio já apresentadas.

No Estado do Rio de Janeiro, aprovou-se recentemente a Lei Estadual 8.037/18¹³, que estabelece tarifa social nos catamarãs da linha Praça XV-Charitas. Apesar da aprovação na Assembleia Legislativa, o executivo estadual alega que a criação de uma tarifa social na linha necessitaria de aumento nas tarifas cobradas em todas as outras, como forma de evitar um ônus excessivo e superveniente à concessionária.

Trata-se de exemplo fático de como isenções ou mudanças unilaterais no contrato acabam ensejando uma revisão de outras cláusulas, seja por meio do pagamento de indenização, seja pelo aumento da tarifa ou por meio de qualquer outra medida alternativa capaz de reequilibrar a balança.

A criação de uma tarifa social, que tem como objetivo democratizar o acesso à linha em questão e fundamenta-se no conceito de modicidade tarifária, além de desafogar o trânsito na cidade de Niterói, requer uma medida capaz de manter o equilíbrio inicialmente verificado na concessão. Concomitantemente, cabe ao poder público fiscalizar e verificar se, de fato, as alterações ensejam um ônus maior para a concessionária, ou mesmo se desde o momento da concessão ocorreram outros fatos capazes de equilibrar a balança.

Os diversos escândalos envolvendo as concessionárias de transporte no Estado do Rio de Janeiro já ensejaram a criação de CPI e de outros meios de fiscalização. Caso seja comprovado que, por meios escusos, os concessionários se beneficiaram indevidamente do contrato, não há dúvidas de que a concessão, caso mantida, deve ser analisada em seus termos. Trata-se de dever do poder público realizar tal fiscalização.

De toda forma, caso não sejam verificadas irregularidades, a criação de benefícios tarifários, como o caso da linha social dos catamarãs, certamente poderá ocasionar a quebra do equilíbrio, ainda que tal medida seja de suma importância para os usuários do serviço e a população em geral. No caso concreto, a objeto da lei estadual traduz não apenas o interesse público relacionado à modicidade tarifária, mas também à mobilidade na região da cidade de Niterói.

¹³RIO DE JANEIRO. *Lei n° 8.037/2018*. Disponível em: <http://www2.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=2&url=L0NPTIRMRUkuTINGL2M4YWEwOTAwMDI1ZmVlZjYwMzI1NjRlYzAwNjBkZmZmLzZlZGVlYVWviOGRkN2E0NDI4MzI1ODJiZjAwNmIxODBiP09wZW5Eb2N1bWVudA==>. Acesso em 02 de out. de 2018.



A modicidade tarifária é um conceito jurídico indeterminado, que não pode ser evocado de maneira tão simples e limitado ao valor cobrado do usuário do serviço público, sem levar em consideração a remuneração do concessionário. Decerto, ainda que o valor da tarifa cobrada na linha seletiva seja elevado, esse foi o resultado da contratação, que atendia aos riscos e obrigações assumidas pelo concessionário.

Assim, para que seja alterado o valor da tarifa cobrada, mesmo que de forma limitada, uma vez que a Lei prevê o estabelecimento de uma linha social, não a redução total das tarifas, o poder concedente pode se valer de duas opções, ambas relacionadas ao direito ao equilíbrio econômico-financeiro. A primeira seria a realização de estudos técnicos que demonstrassem efetivamente que a tarifa atualmente cobrada enseja uma vantagem maior para a concessionária e, conseqüentemente, desvantagem para o concedente e os usuários. Para isso, devem ser considerados os custos de operação e manutenção do serviço, além dos investimentos programados e necessários, e qualquer obrigação assumida pela concessionária e eventualmente não cumprida.

Verificada a vantagem excessiva da concessionária em razão dos valores praticados, o reequilíbrio poderia ocorrer por meio da diminuição do valor da tarifa, o que atenderia ao princípio da modicidade. Por ser avaliação de cunho técnico, que se relaciona a aspectos econômicos, operacionais e logísticos, caberá à agência reguladora especializada para tanto (no caso, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro - AGETRANSP), analisar a possibilidade de redução do valor tarifário.

Por outro lado, caso fique demonstrado que o equilíbrio originalmente pactuado se manteve com a cobrança da tarifa atual, ou seja, que os encargos assumidos pela concessionária estão correlatos com a remuneração, o poder concedente pode se valer da sua prerrogativa de alteração unilateral das cláusulas, como pretende fazer.

Nessa hipótese, contudo, deverá, concomitantemente, estabelecer formas de equalizar os prejuízos causados ao particular, o que, naturalmente, será suportado por toda a coletividade, seja pela diminuição dos investimentos no serviço ou pela prolongação da concessão. Uma das formas de equalizar os prejuízos seria estabelecer novas fontes de renda decorrentes do serviço prestado, o que evitaria prejuízos maiores para os usuários.

Fora dessas possibilidades, não haverá a manutenção da equação econômico-financeira do contrato, o que poderia gerar até mesmo a descontinuação do serviço público, sendo o Estado obrigado a encampá-lo, ou assumir riscos que seriam do concessionário.



Conforme elucidado anteriormente, não se mostra possível estabelecer um contrato administrativo imune a riscos, pois essa atividade está naturalmente sujeita às áleas previsíveis e imprevisíveis, especialmente em razão do longo prazo de duração inerente às concessões, que estão suscetíveis a constantes modificações externas. Por esse motivo, mostra-se essencial o estabelecimento de uma matriz de riscos e a realização de estudos técnicos abrangentes, aliados à atuação responsável de administradores públicos, que promovam a alteração unilateral do contrato estritamente em prol do interesse público.

CONCLUSÃO

O equilíbrio econômico-financeiro é tutelado pela Constituição Federal, que estabelece que o administrado tem direito à manutenção das condições efetivas da proposta. Se forem alteradas as condições de forma unilateral pelo poder concedente, o impacto econômico gera um desequilíbrio na relação.

Por outro lado, verificou-se que o poder público, concedente do serviço de transporte público, tem o dever de promover políticas que deem efetividade às normas programáticas dispostas no texto constitucional. Entre elas, a criação de benefícios tarifários para determinados grupos da sociedade, efetivando o direito ao transporte e à mobilidade.

O desafio é a conciliação entre o dever do Estado de promover e facilitar o direito de locomoção desses grupos da sociedade, sem que ocasione um desequilíbrio na relação contratual. A manutenção da equação econômico-financeira é importante não apenas para o concessionário, mas também para o poder concedente e toda a sociedade, usuária ou não do serviço, pois em última análise, toda a coletividade irá suportar os eventuais prejuízos. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental do particular que contrata com o Estado, razão pela qual não pode ser suprimido.

Uma das funções do sistema de equilíbrio econômico-financeiro, ao exigir que alterações no contrato sejam devidamente compensadas, é desestimular que governantes façam alterações nos contratos de concessão fora das hipóteses de verdadeira necessidade. Ou seja, que não sejam criadas isenções com objetivos populistas e eleitorais, afetando não apenas os beneficiários, mas toda a coletividade.

Em razão dessas medidas, que em um primeiro plano se mostram benéficas ao grupo a que se destinam, o contrato perde o equilíbrio encontrado entre as partes no momento da celebração. Para atender às demandas do poder concedente, impõe-se às concessionárias um ônus superior ao considerado para estabelecimento da tarifa e das obrigações, o que acaba por



gerar consequências negativas para a própria prestação do serviço, que pode deixar de ser eficiente pela diminuição de investimentos ou mesmo pela paralização.

Além disso, verificado o desequilíbrio, a tendência é que a tarifa acabe aumentando para todos os outros usuários, sendo este o meio mais comum de recomposição do equilíbrio nos contratos de concessão.

O instituto da concessão de serviços públicos é empregado, geralmente, em contratos de longa duração. Em razão disso, o cálculo feito no momento da celebração se mostra importante para garantir que o serviço possa ser prestado de forma eficiente e regular. Contudo, verificou-se que diversos abalos no equilíbrio originalmente alcançado podem ocorrer ao longo dos anos, muitos deles imprevisíveis. A preservação desse equilíbrio é direito das partes, especialmente do concessionário, que não possui o poder de alterar unilateralmente o contrato.

Trata-se de lógica que decorre da própria natureza da relação contratual, na qual o concessionário assume os riscos apresentados na proposta. Caso o ônus seja superior, a concessionária não conseguirá manter-se no contrato, e tanto o poder concedente quanto os usuários serão prejudicados.

Ademais, considerou-se que o reequilíbrio não deve ocorrer apenas por meio do aumento de tarifas. Outros meios podem ser adotados, como o reajuste, a repactuação, a revisão e a prorrogação do prazo do contrato, ainda que esta encontre óbices na jurisprudência. O que deve ser ressaltado, por fim, é que toda instituição de benefícios tarifários deve prever, concomitantemente, o modo de reequilíbrio, a fim de garantir a correta gestão da concessão. Caso o interesse público requeira a alteração, a coletividade deverá arcar com os custos, desde que não verificada a existência de benefícios indevidos auferidos pelo concessionário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 de out. 2018.

_____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666.htm>. Acesso em: 02 de out. 2018.

_____. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987.htm>. Acesso em: 02 de out. 2018.



_____. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/111079.htm>. Acesso em: 02 de out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1549406/SC. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data do Julgamento em: 16 ago. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=prorrogacao+concessao+equilibrio&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 out. 2018.

BAPTISTA, Felipe Derbli Carvalho. *Contestação em Ação Civil Pública*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, nº 67. Rio de Janeiro, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Prorrogação Contratual: a propósito da Lei 13.448/2017*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prorrogacao-contratual-a-proposito-da-lei-13-4482017-12062017>>. Acesso em 05 out. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 289.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MIGALHAS. *Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em decorrência da instituição de benefícios tarifários por lei*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI45892,11049-Recomposicao+do+equilibrio+economico+financeiro+em+decorrencia+da>>. Acesso em: 02 out. 2018.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 11. ed. São Paulo: Forense, 2017.

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 8.037/2018*. Disponível em: <http://www2.alerj.rj.gov.br/lotus_notas/default.asp?id=2&url=L0NPTIRMRUkuTINGL2M4YWEwOTAwMDI1ZmVIZjYwMzI1NjRIYzAwNjBkZmZmLzZlZGVhYyYwVjE0ODJiZjAwNmIxODBIP09wZW5Eb2N1bWVudA==>. Acesso em 02 de out. de 2018.

TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. Disponível em: <bibliotecadifital.fgv.br/rda/download>. Acesso em 02 de out. de 2018.

A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO ABANDONO AFETIVO

Luiza Santos Rocha de Araujo Padilha

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

Resumo – o Direito Civil foi objeto de inegável evolução ao longo dos últimos anos, sofrendo o que se chama de processo de constitucionalização, o que terminou por gerar o aparecimento de diversas questões controvertidas e polêmicas, dentre elas o debate sobre a possibilidade de indenização por danos morais em casos de abandono afetivo, que é o objeto do presente trabalho. Essa discussão passa pelo questionamento quanto ao fato de a violação aos deveres inerentes à paternidade e a maternidade ser ou não capaz de gerar a responsabilização civil fazendo surgir a possibilidade de alegação de perda de uma chance já que o filho afetivamente abandonado teria perdido a chance de ser uma pessoa mais bem-sucedida pessoal e profissionalmente. No entanto, por outro lado, surge o debate quanto a ocorrência de uma monetarização do afeto. A essência do trabalho, portanto, é abordar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, bem como tratar da atuação cautelosa do magistrado no momento de verificar a ocorrência dos requisitos necessários para que haja a reparação extrapatrimonial, evitando que ocorra o desvirtuamento do instituto.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito de família. Responsabilidade civil. Abandono afetivo. Teoria da perda de uma chance.

Sumário – Introdução. 1. A possibilidade de responsabilização civil por danos morais no Direito de Família no que tange ao abandono afetivo. 2. A necessidade de comprovação cabal dos danos sofridos por quem foi abandonado afetivamente para que se concretize a possibilidade de reparação por danos morais e seja evitado o enriquecimento sem causa. 3. A análise a ser feita pelo magistrado para que se possa vislumbrar a aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso concreto como fundamento para a reparação por danos morais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de reparação civil por danos morais pelos pais em favor dos filhos em casos de abandono afetivo em decorrência da aplicação da teoria da perda de uma chance.

É importante ter como base para o desenvolvimento do trabalho que o Direito de Família é um ramo jurídico em constantes modificações objetivando a sua adaptação às mudanças da sociedade que vem ocorrendo ao longo do tempo. O conceito e a estruturação da família dos dias atuais não é mais o mesmo de tempos atrás.

O Direito de Família é cada vez mais analisado e interpretado à luz da Constituição, fazendo com que diversos princípios constitucionais sejam aplicados às relações privadas.



Dessa forma, vem crescendo o debate quanto à possibilidade de responsabilização civil entre membros de uma família, ou seja, se as relações de afeto, muitas vezes, frustradas são capazes de ensejar eventual indenização por danos morais e qual seria o papel do Poder Judiciário nesses casos. Será que a intervenção do Estado-juiz seria capaz de coibir o abandono afetivo? Será que isso acarretaria uma patrimonialização do afeto? Essas são indagações que serão abordadas adiante.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a possibilidade de responsabilização civil no Direito de família à luz do processo de constitucionalização do Direito Civil com enfoque na hipótese de indenização por danos morais em casos de abandono afetivo e como vem se posicionando a doutrina e a jurisprudência pátria quanto a isso. Deve ser debatida tal questão levando em consideração que, nesses casos, não houve uma violação específica a um direito da personalidade, que é o pressuposto norteador da responsabilidade civil, já que se trata de relação de afeto entre pais e filhos.

No segundo capítulo passa-se a análise da necessidade de comprovação efetiva de um dano sofrido por quem foi abandonado afetivamente para que ocorra a responsabilização extrapatrimonial, sendo necessário que fique comprovado, cabalmente, por meio de perícia técnica especializada, que a pessoa sofreu abalos de ordem psicológica que foram capazes de influenciar o seu crescimento, desenvolvimento e formação como pessoa.

O terceiro capítulo versa sobre a necessidade de uma análise profunda e cautelosa do caso concreto pelo magistrado para que se possa vislumbrar a aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso e, conseqüentemente, para que seja deferido o pleito indenizatório. Isso porque, é essencial que a reparação por danos morais não seja desvirtuada gerando uma situação de enriquecimento sem causa de quem a pleiteia e se transformando em uma indústria do dano moral. Essa análise aprofundada pelo Poder Judiciário deve ser pautada pela verificação da ocorrência ou não de dano de ordem psicológica sofrido por quem foi abandonado.

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

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

1. A POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA NO QUE TANGE AO ABANDONO AFETIVO

O presente capítulo do trabalho tem o objetivo de analisar a possibilidade de indenização por danos morais no Direito de Família, mais especificamente nos casos de abandono afetivo. Nessas situações, não há lesão efetiva a um direito da personalidade, pressuposto norteador da responsabilidade civil, mas sim uma relação de afeto frustrada entre membros de uma família.

O debate se inicia pela discussão quanto a viabilidade ou não de projetar a responsabilidade civil no Direito de Família, tema esse bastante debatido pela doutrina e jurisprudência ao longo dos últimos anos.

Antigamente, não se admitia tal projeção por se tratar de ramo jurídico que versa sobre relações de afeto, não sendo possível vislumbrar o cometimento de ato ilícito ensejador de reparação. No entanto, com o passar dos anos, e com a efetivação cada vez maior do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, essa ideia passou a ser prestigiada por parte da doutrina civilista e pelos Tribunais brasileiros em casos considerados paradigmas.

Inegavelmente, é mais fácil observar a ocorrência da responsabilização civil nas situações envolvendo casamento e união estável, porém é plenamente viável que tal fenômeno ocorra também nas relações entre pais e filhos como é o caso do abandono afetivo. A fundamentação para isso decorre da aplicação de princípios constitucionais como o da solidariedade social ou familiar e o da convivência familiar, esse último elencado como um dos direitos da criança e do adolescente no artigo 227 da Constituição da República¹.

A ideia central do princípio da convivência familiar é a de que é direito dos filhos o convívio com os pais e também um dever da família já que é por aí que se formam os laços de amor e afeto que unem essas pessoas propiciando a criança um crescimento saudável.

Além disso, merece destaque também o preceito do melhor interesse da criança que é encontrado no mesmo artigo 227 da CRFB/88² que prevê que tais pessoas em desenvolvimento devem ter assegurados todos os direitos e garantias enumerados pela Carta Magna.

É possível ainda falar no princípio da paternidade responsável que fundamenta o planejamento familiar e está ligado ao dever de conviver, criar e educar que os genitores possuem em relação ao filho que vai nascer.

¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

² Ibid.



Como bem salienta Maria Berenice Dias³:

é preciso dar efetividade ao princípio da paternidade responsável que a Constituição procurou realçar quando elegeu como prioridade absoluta a proteção integral a crianças e adolescentes (CF, art. 227), delegando não só à família, mas também à sociedade e ao próprio Estado, o compromisso pela formação do cidadão de amanhã. Esse compromisso é também do Poder Judiciário, que não pode simplesmente desonerar o genitor de todos os encargos decorrentes do poder familiar e, na ação investigatória de paternidade, responsabilizá-lo exclusivamente a partir da citação.

É importante ressaltar que todos os preceitos mencionados encontram o seu fundamento de validade no princípio basilar e norteador de todo o Ordenamento Jurídico pátrio, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da CRFB/88⁴. O direito de conviver com os pais, de ser educado por eles, e com eles estabelecer uma relação de amor e de afeto se encaixa, perfeitamente, no que se pode entender como dignidade. Toda pessoa merece receber amor e carinho de seus pais, sendo um direito primordial para a formação do ser humano e merecedor de proteção.

Após a breve exposição sobre os princípios que devem pautar as relações de filiação, fica mais fácil perceber que o abandono afetivo é capaz de gerar diversos danos de ordem psicológica a quem o sofre, atingindo diretamente a sua formação e caráter, influenciando essa pessoa por toda a sua vida e podendo trazer consequências indesejadas e difíceis de superar, o que faz surgir o direito à reparação pelos danos morais suportados.

Rodrigo da Cunha Pereira⁵, um dos doutrinadores que primeiro sustentou a tese da possibilidade de indenização nos casos de abandonado afetivo, explica:

o exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível.

³DIAS, Maria Berenice. *Alimentos e paternidade responsável*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,alimentos-e-paternidade-responsavel,21144.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁴BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf (Org.); BARBOSA, Eduardo (Org.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401.

O dever de cuidado dos pais na criação dos filhos também encontra amparo nas palavras da ilustre professora Giselda Hironaka⁶:

a responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar.

Apesar da grande receptividade da possibilidade de indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo pelos doutrinadores mencionados, Cristiano Chaves de Farias⁷ entende ser impossível tal possibilidade sustentando que poderia ocorrer a patrimonialização do amor e do afeto:

[...] todavia, não parece justificável admitir a incidência dos elementos da Responsabilidade Civil nas relações familiares por conta do puro e simples abandono afetivo, por não parecer suficiente para gerar o dever de indenizar, em razão da ausência de prática ilícita. A rigor, parece que uma pessoa humana tem o direito, por motivações diversas e plurais, de desgostar de outra, mesmo que seja seu familiar. 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 simples negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. [...]

Assim, observa-se que existe divergência na doutrina civilista a respeito do assunto. O mesmo ocorre com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

No Recurso Especial nº 757.411/MG⁸, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, a 4ª Turma do Tribunal entendeu que no caso em análise não haveria que se falar em ato ilícito visto que o pai não seria obrigado a amar seu filho e, portanto, não seria cabível a indenização:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.
I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz

⁶HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁷FARIAS, Cristiano Chaves. *Indenização por abandono afetivo: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/14844>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757.411/MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).
II. Recurso especial não conhecido.

No entanto, o debate acerca do tema não se encerrou com esse julgado e anos depois a 3ª Turma do STJ, no Recurso Especial nº 1.159.242/SP, reconheceu o dever do pai de indenizar por danos morais o filho que foi abandonado afetivamente:⁹

[...] 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, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social [...].

Nesse caso, a ministra relatora Nancy Andriighi entendeu ser possível a reparação à título de danos morais pelo abandono afetivo, o que representou um grande avanço para o Direito de Família uma vez que tratou da possibilidade de reparação civil mesmo que não tenha ocorrido um ato ilícito propriamente dito. Contudo, restou demonstrada a existência de divergência dentro do próprio Tribunal haja vista que anteriormente a 4ª Turma do STJ, como visto, havia entendido pela impossibilidade de reparação extrapatrimonial nesses casos.

Tal divergência foi reforçada pelo precedente mais recente do Tribunal da Cidadania sobre o tema, que veio da 4ª Turma do Tribunal que, mais uma vez, reforçou o seu entendimento sobre a impossibilidade de indenização nesses casos no Recurso Especial 1.579.021/RS¹⁰ de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti:

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

[...] 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

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relator: Ministra Nancy Andriighi. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.579.021/RS*. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8/inteiro-teor-526809384>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma.

Dessa forma, é possível constatar que a questão é extremamente controversa tanto na doutrina quanto na jurisprudência. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como já visto, existe divergência entre a 3ª e a 4ª Turma, não havendo ainda manifestação da Seção que reúne ambas as Turmas, o que torna inviável afirmar que o STJ, como um todo, se posiciona pela possibilidade ou pela impossibilidade da indenização nos casos de abandono afetivo.

No entanto, por tudo o que foi exposto no que tange ao processo de constitucionalização do Direito Civil, é possível sustentar a tese de que a indenização por danos morais deve ser deferida em casos de abandono afetivo. Isso porque, os pais possuem o dever, previsto constitucionalmente, de cuidado, proteção e de convívio com os filhos e, quando isso não é observado, podem surgir em quem foi abandonado danos de ordem psicológica de proporções imensuráveis, merecedores de reparação.

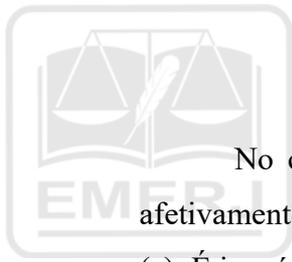
Tais danos devem ser comprovados ao longo do processo, como será melhor desenvolvido nos próximos capítulos, bem como ser objeto de cautelosa análise pelo magistrado para que, de fato, possa estar configurada a necessidade de reparação.

2. A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO CABAL DOS DANOS SOFRIDOS POR QUEM FOI ABANDONADO AFETIVAMENTE PARA QUE SE CONCRETIZE A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E SEJA EVITADO O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Após a análise do primeiro capítulo em que se defendeu a necessidade de reparação por danos morais pelo abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, neste segundo capítulo, passa-se a análise de como deve se dar a concretização da compensação extrapatrimonial.

Primeiramente, é necessária uma breve conceituação do que seriam danos morais. Tais danos poderiam ser conceituados como as sequelas suportadas por um ataque à moral e à dignidade das pessoas, ou seja, como uma ofensa à reputação da vítima. Quando se está diante de hipótese em que há lesão a um direito da personalidade de alguém, presente estará o dever de indenizar. Observa-se que existe um caráter extrapatrimonial nos danos morais.

Nesse sentido, quaisquer violações aos direitos da personalidade seriam capazes de gerar a obrigação de reparar. No entanto, é preciso que o dano tenha decorrido diretamente da conduta abusiva do responsável pela reparação, ou seja, é necessário que haja o nexo causal entre a conduta do ofensor e o dano suportado pela vítima.



No caso do abandono afetivo, é preciso, então, que a conduta do pai ou mãe que afetivamente abandonou seu filho (a) seja a causa direta dos diversos prejuízos sofridos por ele (a). É inegável que a não presença do genitor na vida do seu descendente pode gerar inúmeros danos de ordem psicológica que, como já abordado no capítulo anterior, merecem ser reparados.

Dessa forma, quando for ajuizada eventual demanda indenizatória por danos morais, deve o autor comprovar de forma cabal que o abandono que sofreu lhe causou um mal que merece ser compensado. A jurisprudência pátria que, como já visto, é extremamente divergente quanto ao tema, quando entende pela possibilidade de reparação, ressalta sempre que o simples fato de alguém ter sido abandonado afetivamente não abre portas para a indenização, sendo necessário que haja a comprovação de uma seqüela sofrida pelo filho.

Em um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a 2ª Câmara Cível julgou improcedente o recurso de apelação interposto por filho em face de seu pai¹¹. A desembargadora relatora afirmou que o abandono afetivo dos pais não é suficiente para gerar o dever de reparar, sendo necessário provar que a ausência do genitor (a) trouxe reais prejuízos à formação do indivíduo. Na avaliação do colegiado, o autor não comprovou ter sofrido qualquer seqüela resultante da omissão e, por isso, o recurso não foi provido:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL. POSSIBILIDADE, EM TESE. CARÁTER EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE CABAL DEMONSTRAÇÃO DA OMISSÃO DO GENITOR COMO DA IMPRESCINDÍVEL EXISTÊNCIA DE DANOS. CASO CONCRETO: INDEMONSTRAÇÃO DE QUAISQUER REPERCUSSÕES NEGATIVAS NA VIDA DO AUTOR.

(...) Não é suficiente a falta da figura paterna para caracterizar o pedido de danos morais por abandono afetivo. É necessária a caracterização do abandono, rejeição e dos danos à personalidade. As perícias devem levantar, por meio de metodologia própria, a extensão dos danos sofridos (...)

A conclusão de que é necessária a comprovação dos danos sofridos é a que melhor se coaduna com a lógica do ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, primeiramente, se fosse admitida a reparação sem tal demonstração ocorreria o incentivo ao que a doutrina denomina de “indústria do dano moral”, estimulando a sua banalização.

Em segundo lugar, o fato de se admitir que o genitor deva, obrigatoriamente, reparar o filho independentemente da comprovação da ocorrência de abalos de ordem psicológica geraria grande insegurança jurídica e intranquilidade social.

¹¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0024276-55.2012.8.19.0007*. Relator: Elisabete Filizzola Assunção. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/370456609/apelacao-apl-242765520128190007-rio-de-janeiro-barra-mansa-3-vara-civel>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

Infelizmente, em nosso país, ainda é muito comum que um dos genitores abandone afetivamente os seus filhos, sem construir laços de amor e sem manter nenhum contato. Diante dessa realidade, a imposição da reparação independentemente da ocorrência de dano ao filho causaria verdadeiro caos, uma vez que o Poder Judiciário teria que se imiscuir de forma imoderada em quase todas as relações familiares a fim de fixar a referida indenização, o que terminaria por desvirtuar o objetivo do instituto.

Além disso, observa-se com frequência que, apesar de o abandono ser uma realidade de grande relevância no Brasil, muitas vezes os filhos que são vítimas de tal situação conseguem crescer e se desenvolver de forma íntegra e equilibrada, sendo inclusive muito bem-sucedidos pessoal e profissionalmente, sem sofrer qualquer tipo de abalo de ordem psíquica.

Nesses casos, não haveria como se defender a possibilidade da reparação extrapatrimonial visto que não estaria presente um dos pressupostos da responsabilidade civil que é o dano, contrariando toda a lógica do instituto.

Diante da necessidade da demonstração dos danos à personalidade sofridos por aquele que foi abandonado afetivamente, surge-se, então, uma indagação: como se procederia a tal comprovação?

A doutrina nacional vem defendendo a necessidade de realização de perícia para que se comprove os abalos psicológicos suportados pelo filho abandonado. Tal prova seria capaz de comprovar a real existência do dano, bem como a sua causa.

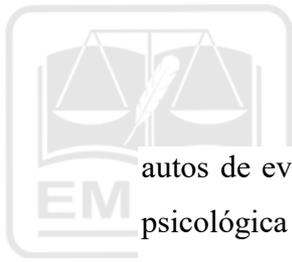
Nas palavras de Flávio Tartuce¹² o dano deve “ser provado, em regra, pelo autor da demanda, uma vez que não se indeniza o dano hipotético ou eventual. Para tanto, servirá a perícia psicológica como meio probatório para a sua efetiva demonstração”.

No julgado acima mencionado a desembargadora relatora defendeu também que a forma de verificar a ocorrência do dano seria por meio de laudo formulado por especialista que afirme a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte do pai do autor.

Nesse sentido, observa-se que a melhor forma de comprovar eventuais abalos de ordem psicológica suportados pelos filhos seria pela prova pericial que, por meio de metodologia própria, é apta a demonstrar a existência de tais danos bem como a sua extensão.

Conclui-se, dessa forma, o segundo capítulo do trabalho defendendo que o abandono afetivo é capaz de gerar o dever de indenizar a título de danos morais, mas que tal situação deve ser analisada com cautela pelo Poder Judiciário visto que é preciso que fique comprovado, nos

¹²TARTUCE, Flávio. Danos Morais por Abandono Moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X, nº 7, p.110, dez.-jan./2009.



autos de eventual ação ajuizada, a ocorrência do dano, materializada por sequelas de ordem psicológica ou outras consequências nocivas ao desenvolvimento saudável do filho, bem como do nexo de causalidade entre tal abalo e a conduta omissiva do genitor, a serem analisados por meio de prova pericial.

3. A ANÁLISE A SER FEITA PELO MAGISTRADO PARA QUE SE POSSA VISLUMBRAR A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO CASO CONCRETO COMO FUNDAMENTO PARA A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

Após a abordagem da necessidade de comprovação cabal por meio de prova pericial de que o abandono afetivo gerou danos de ordem psicológica ao filho (a), o presente capítulo se dedica a análise que deve ser feita pelo magistrado sobre o caso concreto para que possa vislumbrar a ocorrência do que se chama de perda de uma chance por quem foi abandonado afetivamente pelo seu genitor (a).

Primeiramente, é preciso que se passe a uma brevíssima análise do que seria a teoria da perda de uma chance. Essa teoria encontra inspiração na doutrina francesa “*perte d’une chance*” e se refere a situação em que determinada pessoa perde a oportunidade de auferir alguma vantagem ou de evitar algum prejuízo por conta de uma conduta, consubstanciada na prática de um ato ilícito, praticada por outrem. Ou seja, o ato ilícito que é praticado por uma outra pessoa é capaz de impedir que a vítima alcance uma vantagem, que provavelmente seria auferida caso não fosse praticado o ato ilícito, ou consiga evitar um dano que, da mesma forma, poderia ser afastado caso não ocorresse tal atuação desvirtuada.

Flávio Tartuce¹³ afirma que “a perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal”.

O cerne dessa teoria é permitir que a pessoa que perdeu a oportunidade de obter uma situação futura mais favorável seja reparada por isso. Assim, como foi perdida uma chance o indivíduo merece ser compensado por tal perda, o que se dá por meio de uma indenização.

Essa ideia, embora não possua previsão expressa na legislação, vem sendo aplicada no Brasil em vários julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

¹³TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p.552.

Um determinado julgado¹⁴ é considerado paradigma na aplicação da referida teoria pela jurisprudência nacional. Foi o caso em que uma participante do programa Show do Milhão se deparou com pergunta que não possui resposta correta e, por isso, não conseguiu acertar a indagação feita e, conseqüentemente, ganhar o prêmio prometido na competição.

Flávio Tartuce¹⁵ comenta tal decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...]uma participante do programa, originária do Estado da Bahia, chegou à última pergunta, a “pergunta do milhão”, que, se respondida corretamente, geraria o prêmio de um milhão de reais. (...)

A participante não soube responder à pergunta, levando R\$ 500 mil para casa. (...) tendo a participante constatado que a pergunta formulada estava totalmente errada. Foi então a juízo requerendo os outros R\$ 500 mil, tendo obtido êxito em primeira e segunda instância, ação que teve curso no Tribunal de Justiça da Bahia. O STJ confirmou em parte as decisões anteriores, reduzindo o valor para R\$ 125 mil, ou seja, os R\$ 500 mil divididos pelas quatro assertivas, sendo essa a sua real chance de acerto.

Como visto, essa teoria vem sendo admitida no Brasil, mas é essencial que sejam observados alguns requisitos relacionados a chance perdida para que não haja a sua aplicação desvirtuada e desarrazoada.

O Tribunal da Cidadania¹⁶ afirma que “o dano deve ser real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no espectro da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável”. Em outros julgados, o Tribunal entende que a chance perdida deve ser real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.¹⁷

Sérgio Savi¹⁸ entende que “a perda de uma chance está caracterizada quando a probabilidade da oportunidade for superior a 50% (cinquenta por cento)”, o que reforça o entendimento jurisprudencial de que é preciso que a chance perdida seja real e séria.

Apesar da grande aplicação da teoria pelo STJ, não há um consenso na doutrina quanto ao enquadramento da perda de uma chance como uma nova categoria de dano, indo além dos danos materiais e morais. Isso porque, ao se vislumbrar eventual vantagem que não foi aferida

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 788.459/BA*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

¹⁵Ibid., p.554.

¹⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.104.665-RS*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1/inteiro-teor-12198394?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Recurso Especial nº 1220911/RS*. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18659637/agrg-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1220911-rs-2010-0208503-0>>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁸SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p.33.



ou possível prejuízo que não foi evitado se está lidando com uma questão de probabilidade, sendo, portanto, um dano de difícil verificação.

Por conta disso, alguns doutrinadores não conseguem vislumbrar a perda de uma chance como uma espécie distinta de dano, dentre eles Flávio Tartuce¹⁹:

Pois bem, esse autor vê com ressalvas o enquadramento da perda de uma chance como nova categoria de dano. Isso porque, tais danos são, na grande maioria, das situações, hipotéticos ou eventuais, sendo certo que os arts. 186 e 403 do CC exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance, na verdade, trabalha com suposições, com o se. Muitas situações descritas pelos adeptos da teoria podem ser resolvidas em sede de danos morais ou danos materiais, sem que a vítima tenha necessidade de provar que a chance é séria e real. Ressalva-se, porém, que o presente autor está acompanhando as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais e, no futuro, pode ser que esse parecer seja alterado [...].

Passa-se então a análise da aplicação da referida teoria aos casos de abandono afetivo, que é o objeto do presente trabalho.

Em tais casos, pode-se dizer que a teoria da perda de uma chance encontra aplicação porque, como já visto, vem se entendendo que o ato de abandonar afetivamente um filho pode ser considerado como um ato ilícito ensejador de reparação a título de danos morais já que viola os deveres inerentes à paternidade.

Nesse sentido, é possível considerar que o filho que sofreu a omissão do genitor (a) pode ter menores chances de sucesso pessoal e profissional, ou seja, tal ato ilícito poderia ser capaz de frustrar uma oportunidade futura do filho, o impedindo de obter possíveis vantagens e melhores condições de vida e de crescimento. É evidente que a frustração de eventual oportunidade futura deve ser analisada cuidadosamente pelo magistrado.

Ainda não se encontra na jurisprudência julgados relevantes quanto a aplicação da teoria em casos de abandono afetivo. No entanto, existe julgado inovador que se refere à aplicação do instituto em caso de abandono material.

A situação foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em 2011²⁰. No caso, o filho ajuizou ação indenizatória em face de seu pai sob a alegação de que sofreu abandono afetivo e material e que o pai foi ausente na sua criação e não prestou

¹⁹TARTUCE, op cit.,p.554.

²⁰BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2011.043951-1*. Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Disponível em: <<https://direitofamilia.wordpress.com/tag/abandono-material>>. Processo em segredo de justiça não sendo possível o acesso por meio do site do Tribunal. Acesso em: 20 set. 2018.

qualquer tipo de suporte material, tendo a sua paternidade sido reconhecida pouco tempo antes do ajuizamento da demanda.

O Juízo de primeiro grau entendeu pela impossibilidade de indenização de danos morais por conta do abandono afetivo, se filiando a uma determinada corrente doutrinária e jurisprudencial já abordada. No entanto, foi fixada indenização pelo abandono material diante da violação aos deveres inerentes ao poder familiar. Em segunda instância a decisão foi mantida.

Além disso, foi narrado no decorrer do processo que o pai havia concedido tratamento diferenciado aos seus outros filhos, que teriam recebido tanto suporte material quanto suporte pessoal e afetivo, tendo desfrutado do convívio com o genitor durante toda a vida. Inclusive, um irmão do autor havia cursado faculdade de direito particular, custeada pelo pai, enquanto o autor permaneceu sem qualquer alfabetização até os 22 anos. Nas palavras da relatora:

[...] em sociedade cada vez mais competitiva, em que as crianças se desiguam já quando nascem (ou antes ainda), com os estímulos cognitivos prestados pelos genitores, é presumível o abalo anímico sofrido pelo filho sabedor de que poderia ter recebido instrução formal e de qualidade, preparando-se adequadamente para o mercado de trabalho, mas, por inércia injustificável de seu pai, arrosta a condição de analfabeto durante grande parte de sua vida justamente na “era da informação” [...]

É evidente que a decisão se mostrou em conformidade com a visão do Direito Civil Constitucional e com os princípios constitucionais. De acordo com essa ideia e com a possibilidade de se atrair a responsabilização civil para o Direito de Família, tema já abordado no trabalho, é possível vislumbrar a aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de abandono afetivo.

Essa aplicação decorreria do fato de que, a partir do momento em que um filho é privado de uma relação de afeto com seu genitor (a) fica frustrada a sua chance de conviver com ele, o que pode fazer surgir abalos psíquicos que podem impedir o desenvolvimento sadio da pessoa, bem como a sua realização pessoal e profissional.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias²¹:

Observe-se que o fundamento da teoria da perda de uma chance é, exatamente, a subtração de uma oportunidade futura ou da possibilidade de eliminar uma desvantagem. Não há uma premente necessidade de que esta vantagem que seria obtida tenha essência patrimonial, econômica. Sendo assim, vislumbra-

²¹FARIAS, Cristiano Chaves. *Teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4939/novosite>>. Acesso em: 25 set. 2018.



se com tranquilidade a possibilidade de aplicação da teoria para justificar a subtração de um pai, por exemplo, a oportunidade de convivência (profícu) com o seu filho, em casos nos quais a mulher esconde a paternidade do genitor.

Merece destaque que o fato de já ter ocorrido a aplicação da teoria em casos de abandono material termina por fortalecer a tese que sustenta a possibilidade de aplicação no abandono afetivo já que nas duas situações o filho lida com a perda de uma vantagem futura, qual seja, a presença do genitor (a) na sua vida, que pode se dar tanto com o provimento de recursos materiais quanto física e afetivamente.

No entanto, não se pode esquecer que é de grande importância que a chance perdida observe o que já foi definido pelo STJ, ou seja, deve ser séria e real até porque não é possível a fixação de reparação por danos hipotéticos e eventuais. O abandono afetivo precisa ter, de fato, gerado danos na esfera psíquica do filho e contribuído para que ele não tenha conseguido alcançar o sucesso pessoal e profissional que almejava e que poderia ter sido alcançado caso tivesse a assistência afetiva do pai ou mãe na sua vida.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve o objetivo de analisar a possibilidade ou não de indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo por meio da aplicação da teoria da perda de uma chance. Tal análise se mostra possível diante da grande evolução que o Direito Civil brasileiro sofreu nos últimos anos com o processo de constitucionalização.

Constatou-se que a viabilidade de reparação extrapatrimonial nesses casos ainda é bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência pátria. Existem posicionamentos doutrinários com boa fundamentação entendendo pela possibilidade e pela impossibilidade, conforme foi analisado no primeiro capítulo do presente trabalho. Da mesma forma, a jurisprudência ainda se mostra muito dividida quanto a questão, havendo, inclusive, divergência dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça uma vez que cada Turma defende um posicionamento.

Quanto ao fato de se sustentar a necessidade de indenização utilizando como fundamento principal a teoria da perda de uma chance, observou-se que não há, também, um posicionamento consolidado quanto a isso já que não existe nenhum julgado a respeito do tema. No entanto, já houve determinado julgado, abordado no terceiro capítulo do trabalho, de grande importância entendendo pela aplicação da teoria em caso de abandono material em que houve

flagrante distinção de tratamento entre os filhos pelo genitor. Tal situação tornou viável a afirmação de que o descendente preterido faria jus a reparação já que poderia se vislumbrar a perda de uma chance de maior sucesso pessoal e profissional.

Pode-se afirmar que o tema objeto do trabalho é questão que se mantém entre a discussão quanto a viabilidade de responsabilização civil pela violação dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar e pela polêmica quanto ao surgimento do que se poderia chamar de monetarização do afeto, ou seja, com o fato de o genitor se ver obrigado a amar e formar laços de afeto com o seu descendente.

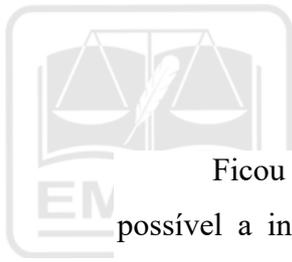
O entendimento a que chegou esta pesquisadora foi o de que é viável a reparação extrapatrimonial nos casos de abandono afetivo visto que existe a violação do dever de cuidado. A assistência, a educação, o cuidado e a convivência familiar com os descendentes é um dever legal imposto aos genitores e essencial para o melhor desenvolvimento do filho.

Mas, para isso, repita-se, é essencial que haja uma perícia especializada para aferir se a situação de abandono afetivo gerou algum tipo de dano de ordem psicológica, sob pena de se desvirtuar o instituto da indenização. A reparação extrapatrimonial só deve ser cabível quando quem sofreu o abandono carrega consigo, por conta disso, algum prejuízo em sua estrutura psíquica. Nesses casos, é necessária a indenização como forma de reparar a violação aos direitos da personalidade sofrida.

Para se utilizar como fundamento principal a aplicação da teoria da perda de uma chance é essencial que a chance perdida pelo filho abandonado afetivamente seja séria, certa, e esteja dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade. Apenas assim será possível a reparação já que o dano incerto não pode ser abarcado pela responsabilização civil.

Cabe, portanto, ao magistrado, quando se deparar com um caso concreto como esses, realizar uma profunda análise em dois sentidos: primeiro, visualizar, por meio da produção de prova pericial especializada, um dano de ordem psíquica que mereça ser reparado. Segundo, verificar se o abandono afetivo acarretou a perda de uma chance séria e real de o filho ser uma pessoa melhor sucedida pessoalmente e profissionalmente.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a atuação do magistrado precisa ser cautelosa já que, para que seja deferida a pretensão indenizatória, é preciso que se tenha como suporte laudo pericial atestando a existência de dano psíquico em quem foi abandonado e que tal situação representa a perda de uma oportunidade de o descendente auferir uma vantagem futura, ou seja, que a chance perdida por ele foi séria e real, o que atende aos requisitos estabelecidos pela doutrina e jurisprudência para a aplicação da teoria da perda de uma chance.



Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que é possível a indenização por danos morais em casos de abandono afetivo utilizando como principal fundamento a teoria da perda de uma chance uma vez que é preciso responsabilizar civilmente quem não cumpre os deveres inerentes a paternidade ou a maternidade, bem como tutelar e reparar aquele que foi privado de usufruir da construção de laços de afeto e de amor com que o gerou, sendo, assim, vítima de inúmeros danos que afetam a sua personalidade, a sua formação e o curso da sua vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.104.665-RS*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1/inteiro-teor-12198394?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Recurso Especial nº 1220911/RS*. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18659637/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1220911-rs-2010-0208503-0>>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.579.021/RS*. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8/inteiro-teor-526809384>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757.411/MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 788.459/BA*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>>. Acesso em: 15 ago. 2018.



_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2011.043951-1*. Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Disponível em: <<https://direitoefamilia.wordpress.com/tag/abandono-material/>>. Processo em segredo de justiça não sendo possível o acesso por meio do site do Tribunal. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0024276-55.2012.8.19.0007*. Relator: Elisabete Filizzola Assunção. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/370456609/apelacao-apl-242765520128190007-rio-de-janeiro-barra-mansa-3-vara-civel/>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos e paternidade responsável*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,alimentos-e-paternidade-responsavel,21144.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4939/novosite>>. Acesso em: 25 set. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Indenização por abandono afetivo: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/14844>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf (Org.); BARBOSA, Eduardo (Org.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

TARTUCE, Flávio. Danos Morais por Abandono Moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X, nº 7, p.110, dez.-jan./2009.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.



A APLICAÇÃO DO MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES AO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Marcela de Almeida Leal Amaral

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo – O Código de Processo Civil de 2015 sistematizou o microssistema de precedentes judiciais vinculantes com o fim de uniformizar a jurisprudência dos tribunais, mantê-la íntegra e estável. A inovação visa a promover a segurança jurídica e a celeridade da prestação jurisdicional. Tais garantias devem ser asseguradas com maior zelo nos processos penais, nos quais o bem jurídico envolvido é a liberdade. O trabalho pretende abordar os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, não previstos no diploma processual anterior, e, a partir da reafirmação da Teoria Geral do Processo, defender a aplicação dos institutos ao direito processual penal, como meio de se alcançar a igualdade na aplicação da lei.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Novo Código de Processo Civil. Precedentes. Uniformização.

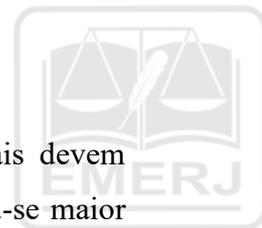
Sumário – Introdução. 1. O Incidente de Assunção de Competência e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como Instrumento de Uniformização da Jurisprudência. 2. Ciência processual: A Existência de uma Teoria Geral. 3. Os Precedentes Judiciais Vinculantes e a Possível Aplicação ao Processo Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho discute a possibilidade de se aplicar o conjunto de normas atinentes ao microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes, previsto no novo Código de Processo Civil, ao processo penal. A superveniência do novo diploma legal faz os olhares voltarem-se às inovações por ele trazidas, de modo que a pesquisa indica possíveis influências teóricas, com o fim de fomentar uma modernização democrática do sistema processual penal.

Procura-se demonstrar que a uniformidade da jurisprudência dos tribunais é importante para assegurar os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, não deve limitar-se somente ao processo civil.

Para tanto, abordam-se artigos acadêmicos e visita-se o texto legal para verificar se há um caminho de comunicação entre o direito processual civil e o direito processual penal.



O artigo 926 do novo Código de Processo Civil determina que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantê-la estável, íntegra e coerente. Com isso alcança-se maior celeridade processual e melhor eficiência da gestão de processos, além de evitar-se o odioso fenômeno denominado jurisprudência lotérica.

Em última análise o microssistema de formação de precedentes vinculantes garante a justiça das decisões. Daí a importância de estender-se ao processo penal.

O tema é recente e merece atenção ante o grande número de ações que tramitam nos tribunais do país.

O primeiro capítulo destina-se a apresentar o microssistema de formação de precedentes vinculantes descrito no novo Código de Processo Civil. Não há pretensão de esgotar o tema, mas, elaborar um panorama geral que permita compreender o funcionamento do conjunto de normas, em especial dois institutos inéditos: os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas. Desde o primeiro capítulo a isonomia e a segurança jurídica são exaltadas.

O segundo capítulo visa a estabelecer a premissa metodológica apta a justificar a incidência das regras processuais civis no campo processual penal. Reconhece-se o papel central que a Constituição ocupa no sistema vigente, por consequência, irradia efeitos sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional. Defende-se a existência de uma Teoria Geral do Processo, rechaça-se os argumentos da corrente contrária, mas, admite-se a premente necessidade de se sistematizar os institutos fundantes desta teoria e separar o que cada ramo do direito processual apresenta de peculiar. É possível perceber, portanto, um amplo campo de aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo penal.

O terceiro capítulo dedica-se a tratar da possibilidade de aplicar o microssistema de formação de precedentes vinculantes ao processo penal, observadas as peculiaridades de cada ramo da disciplina adjetiva.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o trabalho lança proposições hipotéticas com o objetivo de prová-las ou refutá-las ao final da exposição. Ademais, adota a abordagem qualitativa e se vale do procedimento bibliográfico. Quanto aos objetivos, segue a linha exploratória, isso porque o trabalho busca solucionar questão ainda controversa, em área pouco debatida na doutrina e utiliza-se, para tanto, de pesquisa bibliográfica.



1. O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O caput do artigo 926 do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015¹, determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Tal disposição tem por objetivo mitigar os prejudiciais efeitos produzidos por julgamentos divergentes acerca de uma mesma matéria.

O modelo processual anterior, Lei nº 5.869/1973², ao possibilitar a coexistência de julgamentos díspares em casos que envolvem a mesma questão jurídica central, permitia grave e constante violação dos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. Ademais, a desarmonia entre os posicionamentos do Poder Judiciário, faz com que este perca a credibilidade, a legitimidade e a confiança da sociedade. Em razão desse inaceitável cenário, o novo Código de Processo Civil³ intensificou o tratamento dispensado à temática da uniformização jurisprudencial.

Constata-se nítida tendência evolutiva no sentido de se emprestar cada vez mais importância à jurisprudência e aos precedentes judiciais. Pinho e Rodrigues⁴ pontuam que o fenômeno da concessão de maior eficácia às decisões judiciais pode ser identificado nas numerosas reformas havidas na legislação processual brasileira nas últimas décadas. Afirmam os autores que como decorrência dessas consecutivas modificações, encontram-se, no sistema atual, precedentes com eficácia de níveis distintos, quais sejam, persuasivos, impeditivos de recursos e, em grau máximo, vinculantes.

Pinho e Rodrigues⁵ bem observam que a atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais é sobremaneira conveniente para a racionalidade da jurisdição em um país de dimensões continentais como o Brasil, no qual grande número de tribunais estaduais e federais inspira, necessariamente, uma superior preocupação com a uniformidade do direito.

¹ 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.

² BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/LEIS/L5869impressa.htm>>. Acesso em 04 set. 2018.

³ BRASIL, *op.cit.*, nota 1.

⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 283.

⁵ *Ibid.*, p. 283-284.



Ciente da necessidade de promover a harmonização dos entendimentos emanados do Poder Judiciário, o legislador pátrio veio a ampliar, por intermédio do novo Código de Processo Civil⁶, as hipóteses em que algumas decisões judiciais revestir-se-ão da qualidade de verdadeiras decisões definidoras de teses jurídicas, as quais passarão a condicionar a atuação futura de todos os juízes e tribunais. Nesse sentido o artigo 927 do diploma processual civil⁷ inova ao ampliar o rol de decisões dotadas de eficácia vinculante já previsto na Constituição⁸.

Todos os magistrados do país passarão a ter que observar tais súmulas, decisões e orientações descritas nos incisos do mencionado artigo 927, sem que fiquem desincumbidos, no entanto, de manter estrita observância ao princípio do contraditório e ao dever de fundamentação de todas as decisões que vierem a proferir.

Ante o ineditismo dos institutos, o presente trabalho destacará a eficácia vinculante dos acórdãos em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, integrantes do microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes. Para tanto, faz-se necessária uma rápida explanação de noções elementares.

Nas palavras de Câmara⁹, “precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior”. Ainda segundo Câmara¹⁰, “jurisprudência é um conjunto de decisões judiciais, proferidas pelos tribunais, sobre uma determinada matéria, em um mesmo sentido”.

O autor conclui que há diferença quantitativa fundamental entre precedente e jurisprudência. Em seguida, atenta para a relevância de tal distinção, uma vez que o sistema brasileiro de precedentes é constituído para que haja uniformidade de decisões em causas idênticas – notadamente no que diz respeito às chamadas demandas repetitivas. De outro lado, a jurisprudência serve de base para a uniformização de entendimento a respeito de temas que se manifestam em causas diferentes.

⁶ BRASIL, *op.cit.*, nota 1.

⁷ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

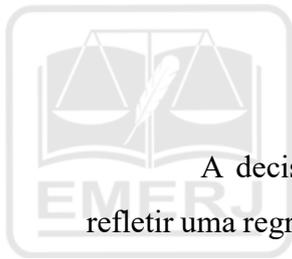
IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁸ BRASIL, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 427.

¹⁰ *Ibid.*, p. 428.



A decisão que se reveste das características de um precedente judicial deve, portanto, refletir uma regra aplicável a outros casos semelhantes. Pinho e Rodrigues¹¹ lembram que o caráter vinculante dos precedentes decorre da necessidade de tratamento isonômico entre os jurisdicionados, o qual é atingido por meio da seleção de aspectos relevantes de um caso submetido a julgado – *ratio decidendi*, com a posterior aplicação deste entendimento a casos semelhantes.

Compreendidas as noções de precedente e jurisprudência, passa-se à análise do incidente de assunção de competência, instituto previsto no artigo 947 do novo Código de Processo Civil, admissível “quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”.

O Código de Processo Civil de 1973¹² dispunha de semelhante previsão, todavia algumas inovações foram introduzidas pelo novo Código de Processo Civil. Silvares e Pinto¹³ enumeram tais inovações. A primeira delas é o fato de que o incidente de assunção de competência foi ampliado e passou a ter lugar em todo e qualquer recurso. Outra fundamental diferença é o caráter vinculante, agora atribuído à decisão tomada no incidente. A última novidade reside no fato de que o incidente de assunção de competência pode ser deflagrado de ofício pelo relator do acórdão ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Por seu turno, o incidente de resolução de demandas repetitivas -IRDR - é mecanismo a ser usado para assegurar solução uniforme a demandas repetitivas, entendidas como aquelas demandas idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Judiciário. Câmara¹⁴ afirma que são idênticas as demandas repetitivas “por terem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que mudem as partes”. Trata-se, portanto, de mecanismo destinado a assegurar que casos iguais recebam resultados iguais.

O julgamento por amostragem ou julgamento de casos repetitivos representa a decisão proferida tanto em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, quanto em sede de recursos especial e extraordinário e tem por objeto, apenas, questões de direito material ou

¹¹ PINHO; RODRIGUES, op. cit., p. 286

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.

¹³ SILVARES, Ricardo; PINTO, Ronaldo Batista. *Novo CPC e seus reflexos no âmbito do Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.63.

¹⁴ CÂMARA, op. cit., p. 479.



processual. Destarte, ficam descartadas questões de fato, pois, estas são sempre repletas de particularidades e especificidades, a eliminarem qualquer pretensão de padronização.

2. CIÊNCIA PROCESSUAL: A EXISTÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL

Ante a importante manutenção da uniformidade da jurisprudência dos tribunais, o novo Código de Processo Civil determina que juízes e tribunais observem o microssistema de precedentes vinculantes, tratado no capítulo anterior. Uma vez que o microssistema de precedentes vinculantes almeja efetivar, notadamente, os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica, o presente trabalho pretende aplicar ao processo penal, reconhecido instrumento de proteção de direitos fundamentais, as normas processuais civis atinentes a tal microssistema.

Para tanto, faz-se necessário estabelecer a premissa metodológica apta a justificar a incidência das regras processuais civis no campo processual penal. Como ponto de partida, é preciso reconhecer que a Constituição, por ocupar função central no sistema vigente, irradia efeitos sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional, os quais precisam ser devidamente harmonizados.

Fischer¹⁵ sustenta que “no Estado de Direito Democrático-Constitucional todos os poderes e funções do Estado estão juridicamente vinculados às normas hierarquicamente superiores da Constituição.” O novo Código de Processo Civil trouxe normas que derivam diretamente de preceitos maiores da Constituição Federal, reveladoras de modos de comportamento, regras de atuação e padrões de interpretação que transcendem o mero campo do processo civil, espraiando-se para os demais ramos do devido processo, inclusive para o penal.

Prevalece na doutrina brasileira a afirmação da existência de uma Teoria Geral do Processo, da qual decorre, nas palavras de Senra e Souza¹⁶, “a necessidade de compreendermos e interpretarmos as normas de processo penal à luz do sistema formado por todas as normas processuais, no que se incluem também as disposições processuais civis”. A Teoria Geral do

¹⁵ FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do *nemo tenetur se detegere*, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação. Influências principiológicas da Constituição da República e do Novo CPC no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 50.

¹⁶ SENRA, Alexandre. SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. O Processo Penal e a nova disciplina da coisa julgada. In: DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 433.



Processo é vista por Didier Jr¹⁷ como:

disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais. São conceitos lógico-jurídicos processuais todos aqueles indispensáveis à compreensão jurídica do fenômeno processual, onde quer que ele ocorra.

Todavia, importantes processualistas rechaçam a existência da Teoria Geral do Processo. Por todos, cita-se Lopes Jr¹⁸, para quem é preciso “assimilar o necessário respeito às categorias jurídicas próprias do processo penal”. O autor¹⁹ tece críticas e afirma que distorções e absurdos processuais são realizados em nome da Teoria Geral do Processo.

O inconformismo não se sustenta, pois, parte de premissa equivocada. A Teoria Geral do Processo não cuida de qualquer dispositivo, nada diz a respeito do conteúdo do Direito Processual. Conforme observa Didier Jr²⁰ a preocupação é epistemológica: fornecer às ciências do processo o repertório conceitual indispensável ao exame do direito positivo, qualquer que seja o seu conteúdo”. Portanto, as críticas dirigidas à Teoria Geral do Processo, na verdade, alvejam o direito processual jurisdicional único, o qual não é defendido.

Os objetos do processo civil e do processo penal são bem diversos, logo, diversos hão de ser os seus regramentos. A existência de uma Teoria Geral do Processo não impede a construção de teorias particulares do processo. Silva²¹ esclarece:

Não há como negar os pontos de interseção entre as duas disciplinas, especialmente no que tange às suas características fundantes (jurisdição, ação, procedimentos, nulidade, etc.), o que nos permite a construção de uma teoria geral do direito processual para, em seguida, segmentar os ramos correspondentes conforme suas especificidades.

Note-se que, mesmo autores contrários à existência da Teoria Geral do Processo, consideram possível que certos preceitos fundamentais derivados da Constituição, desde que bem

¹⁷DIDIER JR, Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 80.

¹⁸ LOPES JR, Aury. *Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 16 out 2018.

¹⁹ Ibid.

²⁰ DIDIER JR, op.cit., p. 94.

²¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, p.70.



compreendidos e compatibilizados, devem servir também para a condução do processo penal.

A aplicação integrativa do Código de Processo Civil é tema relativamente assentado na doutrina nacional e capaz de justificar a incidência das regras processuais civis no campo processual penal. Os Códigos de Processo Civil e Penal não são vistos como compartimentos estanques, capazes de, sem recurso ou influência de outros diplomas, darem respostas a todos os problemas do processo.

É ponto comum na doutrina que o Direito Processual Civil é o mais avançado dos ramos da disciplina adjetiva, de modo que serve de suporte ao Direito Processual do Trabalho, ao Eleitoral e ao Administrativo, é o que se depreende do artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015²².

Ainda que, quando da tramitação legislativa, o legislador projetista tenha retirado do projeto do novo Código de Processo Civil a referência expressa da sua aplicação supletiva ao processo penal, Silva²³ entende que não parece ter sido a intenção do legislador fechar o caminho de interlocução entre as duas disciplinas. Por essa razão, mesmo diante do silêncio do artigo 15 Código de Processo Civil de 2015²⁴, sustenta Silva²⁵ que “o artigo 3º do Código de Processo Penal²⁶, quando admite a interpretação extensiva, aplicação analógica e o suplemento pelos princípios gerais do direito, mantém o elo de conexão com essa teoria geral do processo [...]”.

Destaque-se que não basta haver omissão no diploma externo, a regra que se pretende exportar deve ser compatível com o diploma de recepção. A incidência de normas processuais civis ao campo penal já ocorria na vigência do Código de Processo Civil de 1973²⁷. O Superior Tribunal de Justiça posiciona-se expressamente pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo penal, com esteio no artigo 3º do Código de Processo Penal²⁸.

Com relação ao artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015²⁹, Mazzei³⁰ expõe:

A leitura apressada do art. 15 do CPC/15 pode ocasionar o incorreto entendimento de que

²² BRASIL, op.cit., nota 1.

²³ SILVA, op.cit., p. 69.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁵ SILVA, op.cit., p. 71.

²⁶ BRASIL, *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689C](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)ompilado.htm>. Acesso em 20 mar 2018.

²⁷ BRASIL, op.cit., nota 2.

²⁸ Ibid.

²⁹ BRASIL, op.cit., nota 1.

³⁰ MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (Necessário) diálogo com o novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, p.529.



não há projeção da nova codificação para o processo penal, postura essa que se daria através de uma interpretação literal do rol do dispositivo, extraindo-se, de tal direção desviada, que tal legislação somente se aplicaria nos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos. A premissa é falsa, pois o art. 15 possui rol meramente exemplificativo, tendo sido construído para ser o eixo central do processo nacional. Na verdade, percebe-se que o novo diploma processual civil funciona como fonte que emana um processo comum, para tanto, que ocorra omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção.

Não bastasse, o próprio Código de Processo Penal consagra dispositivos que fazem referência expressa à aplicação do Código de Processo Civil. Assim, deve ser reconhecida a aplicação dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil³¹, que estabelecem o dever de estabilidade da jurisprudência e da vinculação dos juízos aos precedentes.

3. OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO PROCESSO PENAL

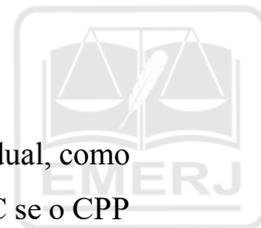
Conforme defendido no segundo capítulo do presente artigo, as normas de processo civil aplicam-se subsidiariamente ao processo penal, naquilo em que com ele compatível, de modo que alteradas as normas de processo civil, modifica-se em alguma medida também o processo penal.

Zaneti Jr³² reforça a tese ao dizer que “não havendo conflito entre as normas do ramo processual específico e não ocorrendo desconformidade com direitos fundamentais previstos na Constituição Federal é possível a aplicação”. Portanto, a aplicação do modelo de precedentes aos demais ramos do direito processual é supletiva ou complementar, isso é, ocorre quando uma lei completa a outra, dando-lhe um sentido geral.

O novo Código de Processo Civil fundou uma série de novos princípios e regras como normas processuais fundamentais, entre eles os precedentes judiciais, estes princípios e regras devem complementar todas as legislações especiais de forma supletiva. Assim, mesmo que o Código de Processo Penal não contenha normas sobre precedentes, a regra geral estabelecida no artigo 927, que prevê que os juízes e tribunais observarão os precedentes, é aplicável.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

³² ZANETI JR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016: p. 460.



Prossegue Zaneti Jr.³³: “a aplicação do CPC ao processo penal será sempre residual, como forma de controle de adequação, a regra da residualidade é negativa, não se aplica o CPC se o CPP e os princípios e a lógica própria do direito penal e processual penal não permitirem.

É preciso, porém, ressaltar as peculiaridades do direito penal e do direito processual penal, quais sejam, o sistema garantista e a vedação ao juízo por analogia. Nas palavras do autor³⁴:

Os problemas que os precedentes apresentam no direito penal e no processo penal são, em alguma medida, distintos dos existentes no direito civil. No direito penal e no processo penal o princípio da legalidade é reforçado pelo sistema garantista (SG). No contexto dos precedentes, esta mudança de lógica do direito civil em sentido amplo para o direito penal e processual penal implica em reconhecer que o campo do direito em que se trabalha impõe limites aos julgadores no momento de considerarem a universalização de suas decisões.

Por consequência, os precedentes criminais (direito material penal) em ordenamentos de *Civil Law*, como o brasileiro, jamais poderão implicar analogia *in malam partem*, pois isto significaria ultrapassar a vedação da analogia no direito penal.

Quanto à vedação ao juízo por analogia, esclarece o autor³⁵ que:

[...] não significa uma vedação à interpretação. Também as normas penais dependem de interpretação”, muito embora o estilo legislativo utilizado pelo legislador nos tipos penais, de regra, deva ser o mais preciso e casuístico possível, evitando conceitos jurídicos indeterminados e normas penais em branco.

A interpretação dada no precedente vincula para os julgamentos futuros. Dela cabe inclusive reclamação, nos casos previstos no art. 988 do CPC. Pode ser utilizada para justificar a revisão criminal, a revisão da execução da pena e os recursos no curso do processo.

Relevante determinar se a matéria tratada no precedente diz respeito a direito material ou a direito processual, pois, sendo de direito processual aplica-se a regra do *tempus regit actum* e a aplicação será imediata.

Nesse ponto, o Zaneti Jr. tece relevante reflexão. Apesar de não negar a atividade interpretativa no direito penal e no processo penal, o autor³⁶ afirma ser “preciso afastar a necessidade de um modelo de precedentes no direito penal e no processo penal como decorrência

³³ Ibid., p. 461.

³⁴ Ibid., p. 454.

³⁵ Ibid., p. 456.

³⁶ Ibid., p. 458.



do esfacelamento da legislação e dos excessos legislativos contemporâneos”. O esfacelamento da legislação contemporânea não pode justificar a necessidade de uma teoria dos precedentes.

Justifica Zaneti Jr.³⁷:

ao contrário do que acontece com o direito civil em sentido amplo (...) a descodificação pode ser positiva e a introdução de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados atende a um imperativo de tutela destes direitos, no direito penal – e também nos demais ramos do direito que adotam o sistema de legalidade estrita – este processo de decodificação atua contra a função constitucionalmente assegurada.

[...] Portanto, no direito penal, a descodificação é um processo negativo que deve ser agudamente combatido pela doutrina. Confiar em precedentes para harmonizar a lei penal é, não somente um equívoco grave, mas um enorme risco para os fundamentos iluministas deste ramo do direito.

O autor³⁸ assegura que “o ideal, mesmo na ineliminável atividade interpretativa, é que o legislador legisle sobre a matéria decorrente dos precedentes e complete o sistema”. Todavia, necessário reconhecer que precedentes em matéria penal são inevitáveis. Sobre o tema, mais uma vez, afirma Zaneti Jr.³⁹:

Nas hipóteses insuprimíveis em que a corte definir conceitos jurídicos indeterminados, normas penais em branco ou qualquer conteúdo controverso de normas penais para gerar efeitos negativos em face dos acusados, estes efeitos devem ser limitados, no campo dos precedentes normativos formalmente vinculantes, aos fatos futuros, ou seja, devem valer como razões de persuasão, mas não como precedentes propriamente ditos. Os processos em andamento deverão ser solucionados sem os efeitos normativos formalmente vinculantes – de “simplificação” – do julgamento decorrente do precedente. As decisões valerão apenas como ‘jurisprudência persuasiva’, pelas próprias razões, sem força normativa (exceto quanto ao próprio órgão de decisão).

Por outro lado, caso o precedente seja favorável ao réu, deve ser aplicado imediatamente, inclusive possibilitando a revisão criminal com base no art. 621, I. Isso porque, uma vez definida norma mais benéfica no direito penal, esta retroage para beneficiar o réu. Trata-se da dupla função do precedente em matéria de direito penal.

Zaneti Jr.⁴⁰ faz importante distinção em relação aos incidentes de resolução de demandas repetitivas e aos recursos especial e extraordinários repetitivos. Por não se tratar de precedentes no sentido propriamente dito, mas de técnicas de resolução de casos repetitivos, “caso o STF ou o STJ apliquem essas técnicas ao processo penal todos os processos que estão tramitando deverão ser

³⁷ Ibid., p. 458.

³⁸ Ibid., p. 459.

³⁹ Ibid., p. 465.

⁴⁰ Ibid., p. 465.



atingidos pela tese jurídica fixada (art. 985, I e 1.040, III, CPC). Não se aplica aqui a dupla função dos precedentes [...]”.

A par das críticas formuladas por Zaneti Jr, não se pode ignorar que no âmbito criminal, os postulados da igualdade e da segurança jurídica ganham especial relevância. Neri e Lima⁴¹ afirmam:

A falta de observância dessas garantias – igualdade e segurança jurídica – por parte dos magistrados que, baseados na sistemática do livre convencimento motivado, proferem decisões particularizadas e que deixam o jurisdicionado em verdadeira situação de insegurança. Assim, a possibilidade de cada juiz ou tribunal decidir de forma isolada e sem vinculação a decisões anteriores gera um quadro de instabilidade que se reflete nas relações sociais, ou seja, no comportamento do cidadão perante a sociedade, tendo diminuída a segurança de seu atuar.

No mesmo sentido, Silva⁴² sustenta que “o Judiciário brasileiro parece não querer amadurecer a ponto de compreender que o processo não é o espaço adequado para o lançamento de posições pessoais despidas de qualquer embasamento e observância aos precedentes existentes no ordenamento jurídico”. Observa o autor⁴³ que “em matéria penal é gritante a divergência jurisprudencial acerca de temas que mereceriam uma uniformização de entendimentos”.

Assim, apesar de lidar com matérias de fato, é inegável que o processo penal também lida com teses jurídicas aptas a vinculação”. Silva⁴⁴ conclui:

O volume excessivo de demandas aforadas perante o STJ e o STF deriva da ausência de conscientização do primeiro e segundo grau de jurisdição da necessidade de se preservar a uniformidade de entendimentos, e a existência de um mecanismo capaz de buscar a estabilidade e o respeito à jurisprudência e o respeito à jurisprudência é uma saída imediata

Portanto, a aplicação do microsistema de precedentes vinculantes ao processo penal é importante, pois, trata-se de eficiente instrumento de promoção da igualdade e da segurança jurídica, além de garantir a celeridade da prestação jurisdicional, garantias que a sociedade espera ver efetivadas pelo Judiciário e que se mostram ainda mais relevantes no âmbito dos processos criminais, os quais representam grande fardo aos réus ante a ameaça de restrição da liberdade.

⁴¹ NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. *A Força dos Precedentes Judiciais no Processo Penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica*. Processo Penal e Constituição. Florianópolis, 2016, p. 38-57.

⁴² SILVA, Franklyn Roger Alves. Os Efeitos do Novo Código de Processo Civil no Direito Processual Penal: Um Feixe de Luz Para o Caminho da Sofisticação ou a Permanência na Escuridão? *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 423, ano 112, p. 38-78, jan-jun 2016, p. 72.

⁴³ *Ibid.*, p. 73.

⁴⁴ *Ibid.*

A pesquisa defendeu a aplicação do microsistema de precedentes vinculantes, descrito no novo Código de Processo Civil, ao direito processual penal. Buscou-se demonstrar a premente necessidade de uniformização interpretativa de modo a se assegurar a igualdade na aplicação concreta da lei.

A notória falta de consenso nas decisões judiciais proferidas nos tribunais brasileiros produziu o reprovável fenômeno da jurisprudência lotérica, que nada mais é do que dar soluções diversas para casos semelhantes, situação que representa grave afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. A vinculação aos precedentes poderá, portanto, auxiliar a reduzir a discricionariedade dos juízes, pois, permitirá a universalidade das razões de decidir, o que afastará casuísmos.

O novo diploma processual civil determina que os tribunais uniformizem sua jurisprudência. Para alcançar tal fim o legislador ampliou o rol de decisões dotadas de eficácia vinculante. A pesquisa destacou desse rol os acórdãos em incidente de assunção de competência e os acórdãos em resolução de demandas repetitivas ante o ineditismo dos institutos.

Abordou-se as hipóteses de cabimento do incidente de assunção de competência e do incidente de resolução de demandas repetitivas. Destacou-se a importância da existência de um microsistema de aplicação e formação dos precedentes como meio de garantir maior coerência ao sistema jurídico e à interpretação do Direito.

Para afirmar ser possível o emprego do microsistema de precedentes vinculantes no âmbito processual penal foi preciso trilhar um caminho que permitiu justificar a incidência das regras processuais civis no campo processual penal. Para tanto, ressaltou-se as normas previstas no novo Código de Processo Civil que derivam diretamente de preceitos constitucionais, e, por tal motivo, recaem sobre os demais ramos do processo, inclusive para o penal.

Discutiu-se acerca da existência de uma Teoria Geral do Processo e, apesar de haver vozes contrárias, entendeu-se pela sua ocorrência, de modo que se admite a aplicação integrativa do Código de Processo Civil ao direito processual penal. Nesse sentido é a redação do artigo 3º do Código de Processo Penal ao dispor que a “lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”.

A interlocução entre as disciplinas também é extraída do artigo 15 do novo Código de



Processo Civil, ainda que não haja referência expressa aos processos penais, pois, o dispositivo traz rol meramente exemplificativo.

Por fim, mais uma vez com base nos princípios da isonomia, da segurança jurídica, e ainda, atenta ao fato de que o direito processual penal deve assegurar o respeito às garantias e as liberdades individuais, reafirmou-se ser admissível e, mais ainda, desejável a utilização do microsistema de precedentes vinculantes também ao direito processual penal.

A aplicação subsidiária e supletiva do diploma processual civil, no entanto, exige que as normas processuais civis não estejam em conflito com os princípios próprios do direito processual penal e, ainda, é preciso verificar se há conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do novo Código de Processo Civil. Satisfeitos tais requisitos, não há óbices para o emprego do microsistema de precedentes vinculantes no âmbito do direito processual penal. Ao contrário, tem-se um importante instrumento de garantia da eficácia, da previsibilidade e da celeridade na prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

LOPES JR, Aury. *Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 16 out 2018.

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

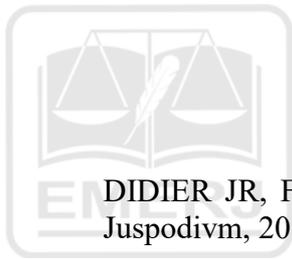
_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do *nemo tenetur se detegere*, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação. Influências principiológicas da Constituição da República e do Novo CPC no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.



DIDIER JR, Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (Necessário) diálogo com o novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016

NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. *A Força dos Precedentes Judiciais no Processo Penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica*. Processo Penal e Constituição. Florianópolis, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SENRA, Alexandre; SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. O Processo Penal e a nova disciplina da coisa julgada. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Os Efeitos do Novo Código de Processo Civil no Direito Processual Penal: Um Feixe de Luz Para o Caminho da Sofisticação ou a Permanência na Escuridão? *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 423, ano 112, p. 38-78, jan-jun 2016.

SILVARES, Ricardo; PINTO, Ronaldo Batista. *Novo CPC e seus reflexos no âmbito do Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.



NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E (IN)APLICABILIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Marcia da Silva Pereira

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá. Servidora Pública Federal. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – O Código de Processo Civil de 2015 ampliou a possibilidade de celebração de acordos processuais quando o objeto litigioso comportar autocomposição, permitindo às partes convencionar cláusulas que irão conformar o procedimento processual às suas peculiaridades. Nesse contexto, e tendo em perspectiva que a lei processual penal admite interpretação extensiva e analógica de suas normas, o presente trabalho pretende verificar se é possível estabelecer um diálogo entre essas duas categorias das ciências processuais, de modo a que o instituto dos negócios processuais seja aplicável também ao processo penal.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Negócios Processuais. Direito Processual Penal. Aplicabilidade.

Sumário – Introdução. 1. Negócios jurídicos processuais no novo CPC e aplicabilidade ao direito processual penal: uma discussão pautada pelo diálogo entre as fontes normativas processuais e as garantias processuais e as garantias processuais fundamentais. 2. Compatibilização dos negócios processuais com os princípios que regem a persecução penal. 3. Conciliação do princípio da cooperação com o princípio do *nemo tenetur se detegere* (princípio da não autoincriminação). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa o grande prestígio dado ao instituto dos negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil e discute a possibilidade de sua aplicação no âmbito do direito processual penal, tendo em perspectiva as características intrínsecas deste ramo do direito.

O artigo 190 do Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015, instituiu a cláusula geral dos negócios processuais, a qual ampliou a possibilidade de celebração de acordos sobre a gestão do processo. Assim, versando o processo sobre direitos passíveis de autocomposição, permite-se às partes a criação de disposições que irão adequar o procedimento às suas especificidades.

Nesse contexto, uma vez que o art. 3º do código de processo penal prescreve que a lei processual penal admite interpretação extensiva e analógica de suas normas, perquiri-se



se seria possível estabelecer um diálogo entre as duas categorias das ciências processuais para permitir a aplicação do instituto dos negócios processuais também ao processo penal.

Partindo-se da premissa de que no processo penal, invariavelmente, há um desequilíbrio de forças entre os sujeitos processuais, porquanto a relação jurídica travada ali não se dá entre partes livres e iguais, como ocorre, em regra, no processo civil, pondera-se se é viável falar em flexibilização do procedimento penal e na autorregulação de interesses das partes.

O tema é controvertido e suscita algumas reflexões que serão aqui abordadas. De início, examina-se a aplicabilidade dos negócios processuais ao direito processual penal a partir de uma discussão pautada pelo diálogo entre as fontes normativas processuais e as garantias processuais fundamentais. Em seguida, cogita-se da compatibilização dos negócios processuais com os princípios que regem a persecução penal. Por fim, questiona-se como conciliar o princípio da cooperação, previsto no art. 6º do CPC/15, com o princípio do *nemo tenetur se detegere* ou princípio da não autoincriminação.

Com suporte nessas questões norteadoras, procura-se responder se os negócios processuais, sobretudo os atípicos, representam uma vulneração aos princípios que orientam o processo penal, ou, ao contrário, se as ditas soluções negociadas podem facilitar o acesso à justiça e conferir maior efetividade à solução de conflitos, na medida em que promovem a cooperação e o diálogo entre os sujeitos do processo.

Com vistas à melhor compreensão do tema, no primeiro capítulo, pretende-se comprovar que, não obstante o art. 15 do CPC, que trata da aplicação supletiva e subsidiária do processo civil a outros ramos do direito, não haja incluído o processo penal nesta norma de extensão, há, sim, pontos de interlocução entre os diplomas adjetivos civil e penal. Esta constatação, no entanto, não implica no reconhecimento da privatização do direito processual penal, tão criticada por alguns doutrinadores processualistas.

Em seguida, no segundo capítulo, avalia-se a compatibilidade dos acordos processuais com a matéria processual penal à luz do postulado da indisponibilidade do direito material objeto da relação jurídica processual e da vulnerabilidade do acusado. Põem-se em perspectiva, ainda, a natureza jurídica da ação penal, bem como os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da persecução criminal, a fim de verificar se os ajustes procedimentais se coadunam com as garantias do processo penal.

Por fim, no terceiro capítulo, busca-se harmonizar o princípio da cooperação, inserto no art. 6º do CPC/15, que estabelece que todos os sujeitos processuais precisam cooperar entre si com vistas a obter uma decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável, com o



formalismo típico do processo penal e o dogma do distanciamento do julgador. Sob esse aspecto, examina-se o dever de participação também no processo penal, em que as partes, em regra, tendem a assistir passivamente ao desenrolar dos fatos, sobretudo, o acusado, a quem é conferido o direito de não autoincriminação.

O objetivo do presente estudo é comprovar que, não obstante o autorregramento da vontade não tenha no processo penal a mesma força manifestada no processo civil em virtude do interesse público envolvido e da indisponibilidade do bem tutelado, esse só fato não diminui sua importância também nessa seara.

Nesse sentido, a efetiva participação e diálogo das partes no processo abrem terreno para aplicação dos negócios processuais também no direito processual penal, visto que as convenções sobre o processo podem fortalecer a imagem do Estado Democrático de Direito, o qual finca suas bases sobre o princípio da igualdade de tratamento, da liberdade e do contraditório, bem como conferir maior efetividade e agilidade à solução dos conflitos.

O presente trabalho adota o método hipotético-dedutivo, que se inicia com a proposição de um problema, a partir do qual são formuladas conjecturas ou hipóteses que são testadas utilizando-se observações, confronto fático e discussão crítica, a fim de aferir quais são as premissas válidas e quais devem ser refutadas.

Para tanto, a pesquisa jurídica se vale de uma abordagem eminentemente qualitativa, na medida em que, a partir de levantamento bibliográfico pertinente à temática em foco, especificamente legislação, doutrina e jurisprudência, o pesquisador pretende realizar construções conceituais que sustentem sua tese.

1- NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CPC E APLICABILIDADE AO DIREITO PROCESSUAL PENAL: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES NORMATIVAS PROCESSUAIS E AS GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS

O art. 190, do novo Código de Processo Civil¹, doravante NCPC, instituiu a cláusula geral dos negócios processuais, a qual ampliou a possibilidade de celebração de convenções quando o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição. A aludida norma permite às partes estipular regras que irão ajustar o procedimento às suas

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.



especificidades, bem como acordar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres no processo.

É bem verdade que o CPC de 1973 já previa, de forma típica, a possibilidade de transigir acerca de determinados pontos do procedimento, como se via com a redistribuição do ônus da prova, a suspensão do processo por acordo entre as partes e a cláusula de eleição de foro. A grande inovação trazida pelo novel diploma processual, contudo, está na possibilidade de se pactuar negócios processuais atípicos.

Conforme ensina Fredie Didier²: “Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.” Ao consagrar a possibilidade de as partes flexibilizarem as regras aplicáveis ao processo, substituindo disposições impositivas, o NCPC buscou prestigiar a autonomia da vontade, bem como promover uma participação mais ativa das partes envolvidas na relação processual.

Nesse contexto, e considerando o disposto no art. 3º, do Código de Processo Penal³, doravante CPP, que dispõe que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, cogita-se se seria possível estabelecer um diálogo entre o Diploma Processual Civil e o Penal, de forma a permitir a aplicação do instituto dos negócios processuais também ao direito processual penal.

Parte da doutrina sustenta a inaplicabilidade das convenções processuais ao processo penal, por se tratar de ramo do direito marcado pelo publicismo, no sentido de que o direito decorreria única e exclusivamente da lei positivada, bem como pelo estatismo, uma vez que o processo seria um instrumento a serviço do Estado, e como tal, seria infenso à autonomia da vontade. Sendo assim, repudiam qualquer tentativa de mitigação dos poderes conferidos ao Estado nesta seara, ao argumento de que as prescrições do direito processual penal são cogentes, não havendo espaço para composição e diálogo entre os sujeitos processuais.

Nesse sentido, o Professor associado de Direito Processual Penal da UERJ Afrânio Silva Jardim⁴, em artigo que analisa o instituto do acordo de cooperação premiada, conclui que:

² DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 424.

³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Acordo de Cooperação Premiada. Quais são os limites?* Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110>. Acesso em: 18/abr./2018.



[...] como é de todos sabido, as regras e princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal são cogentes e ficam fora do poder dispositivo das partes que atuam no processo penal. Como se costuma dizer, em termos de Direito Privado, pode-se fazer tudo o que não seja proibido, enquanto sob a égide do Direito Público, só se pode fazer o que seja expressamente permitido.

Os adeptos da concepção publicística defendem, ainda, que a direção do processo deve caber ao juiz, o qual deve zelar pela observância da rigidez procedimental como forma de alcançar a verdade real e garantir a necessária segurança jurídica e previsibilidade do processo. Advogam que o juiz deve formar sua convicção livremente, sem a influência das partes, razão pela qual deve ele mantê-las distantes da formação do resultado do processo.

O intento desse trabalho é demonstrar que esse não é o melhor posicionamento sobre a matéria. Com efeito, os negócios processuais não refletem uma tendência à privatização do processo, visto que o processo não é posto à livre condução das partes, as quais não se substituem ao legislador.

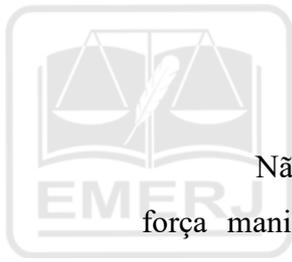
Os negócios processuais representam, isso sim, o reconhecimento de que, dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico, as partes possuem interesse em participar, de forma ativa, do procedimento que culminará, em última análise, na formação da decisão judicial que as atingirá de forma direta e indireta.

Nesse ponto, vale lembrar que o CPP foi promulgado em 1941, sob os influxos autoritários do Estado Novo, e que, não obstante tenha sido objeto de reformas legislativas, ainda há um grande descompasso entre aquele diploma e a nova ordem constitucional. Lado outro, o sistema de direitos e garantias instituído pela Constituição Federal de 1988, doravante, CRFB, procura harmonizar, também no âmbito processual, a tensão existente entre liberdade individual e exercício do poder disciplinar pelo Estado.

Nessa trilha, há que se considerar que o direito processual penal, a despeito de pertencer ao ramo do Direito Público, é regido por essa dimensão da liberdade individual, consubstanciada no princípio do autorregramento da vontade. Conforme nos ensina Fredie Didier⁵:

No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.

⁵ DIDIER Jr., op. cit., p. 149



Não obstante o autorregramento da vontade não tenha no processo penal a mesma força manifestada no processo civil, em virtude do interesse público envolvido e da indisponibilidade material do direito, esse fato não diminui sua importância na seara penal.

Com fundamento no princípio democrático, a CRFB passou a exigir que o processo penal seja estruturado de forma dialética, com maior participação e influência dos sujeitos processuais na formação da decisão.

Nessa ordem de ideias, o princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, inciso LIV, da CRFB⁶ deve garantir o exercício da autonomia da vontade também no processo penal, visto que, como bem adverte o insigne doutrinador Didier⁷: “um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira”.

Do mesmo modo, o art. 5º, LV, da CRFB⁸, ao dispor sobre o princípio da ampla defesa e do contraditório, deve procurar mitigar a onipresença do Estado e garantir maior paridade de armas entre as partes, de sorte a que haja um debate entre juiz, partes e demais agentes no processo, com vistas a alcançar uma solução mais adequada para o caso.

De fato, decorre daquele cânone o entendimento de que é a partir da interlocução e participação das partes na dinâmica processual que o juiz poderá ter amplo conhecimento dos fatos e do direito, permitindo-lhe chegar a uma decisão democraticamente construída, proferida após o esgotamento dos argumentos e contra-argumentos relevantes para o deslinde da causa.

Sob essa perspectiva, as convenções processuais penais podem reforçar a imagem do Estado Democrático de Direito, bem como tornar mais efetivo o caminho para pacificação social. Conforme salientou o Prof. Dr. Pedro Henrique Nogueira⁹:

Se a solução do litígio é benéfica a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir aos litigantes, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinarem a forma do exercício das suas faculdades processuais, ou até mesmo delas dispor.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

⁷ DIDIER Jr., op. cit., p. 150

⁸ Ibid.

⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010). In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, p.17.



Com efeito, as soluções negociadas podem traduzir um modelo de prestação jurisdicional mais próximo da democracia participativa, diminuindo, por exemplo a desigualdade intrínseca entre Estado e acusado e reduzindo a litigiosidade.

2- COMPATIBILIZANDO OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS COM OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A PERSECUÇÃO PENAL

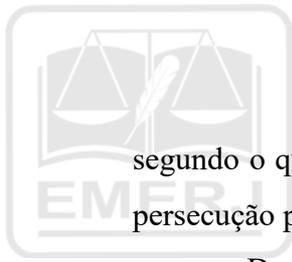
Parcela da doutrina defende que o Direito Processual Penal seria infenso à consensualidade em razão do princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, bem como em virtude do caráter indisponível do direito material cuja tutela é pretendida na relação jurídica processual. Contudo, não há como comungar desse entendimento, sendo certo que existe um sem-número de exemplos no Direito Processual Penal que comprova justamente o oposto.

De início, há que se considerar que mesmo direitos materiais indisponíveis podem, em certa medida, ser objeto de concessões. Existe alguma margem para autocomposição, mesmo diante de direitos dessa espécie, ainda que relativos ao interesse público, de sorte que não há que reputá-los inegociáveis. Não por outra razão, aliás, os termos de ajustamento de conduta, os acordos de leniência e as delações premiadas estão ganhando cada vez mais evidência e relevância em nosso ordenamento.

Em seguida, deve ser dito que a indisponibilidade do direito material não implica, necessariamente, a indisponibilidade das questões processuais. Ainda que o bem jurídico tutelado seja indisponível, esse só fato não obsta as convenções sobre procedimento ou sobre situações jurídicas, pois o objeto da negociação processual, nesse caso, não diz respeito ao direito substancial, mas sim ao modo como o processo se desenvolverá. Certo é que a gestão sobre o procedimento pode contribuir para uma prestação jurisdicional mais efetiva, na medida em que leva em conta as peculiaridades do caso.

Lado outro, não se desconhece que as ações penais são, em regra, de iniciativa pública incondicionada, sobre as quais incide o princípio da obrigatoriedade, o qual estabelece que o Ministério Público, atuando como *dominus litis*, tem o poder-dever de oferecer denúncia diante de uma conduta típica, antijurídica e culpável. Do mesmo modo, é consabido que recai sobre aquelas ações o princípio da indisponibilidade, previsto no art. 42 do CPP¹⁰,

¹⁰ BRASIL. op. cit., nota 3.



segundo o qual, uma vez oferecida a denúncia, ao órgão ministerial não será dado desistir da persecução penal.

De acordo com os aludidos princípios, o órgão incumbido da acusação não estaria autorizado a praticar atos de renúncia, desistência, perdão e perempção, por exemplo. O escopo daqueles postulados é evitar que o Ministério Público, como titular da ação penal pública, possa ser alvo de pressões e manipulações que criem entraves à própria apuração do delito. Entretanto, dos aludidos princípios não decorre a ideia de que a atuação do membro do *Parquet* é sempre indeclinável.

Deveras, é poder-dever do órgão ministerial, agindo na condição de fiscal da ordem jurídica ou no exercício da titularidade da ação penal, evitar, ou, ao menos, mitigar os efeitos negativos da deflagração ou prosseguimento da ação quando identificar, por exemplo, que os supostos fatos que poderiam servir de base para o processo criminal não ocorreram ou não constituem crime, ou, ainda, que o acusado não é responsável por eles.

Em todas essas hipóteses, o Ministério Público poderá deixar de agir sem que se possa dizer que houve violação de dever funcional, visto que seu interesse precípua é a apuração do fato criminoso, independentemente do resultado final do processo. Não por outra razão, o membro do *Parquet* pode, no curso da ação e diante das provas produzidas sob o crivo do contraditório, manifestar-se pela absolvição do acusado ante a falta de justa causa.

Além disso, com fundamento no princípio da independência funcional e nas prerrogativas constitucionais que lhe são conferidas, o órgão ministerial não está impelido a promover a ação penal quando as circunstâncias do caso ou questões de política criminal não o recomendam, uma vez que sua atuação deve ser pautada pela correta aplicação da lei e com vistas à obtenção de uma decisão justa.

Nesse sentido, vale transcrever as palavras de Hugo Nigro Mazzilli¹¹:

É verdade que a ação do Ministério Público é hoje, em regra geral, vinculada e não discricionária. Assim, viola seus deveres funcionais o órgão do Ministério Público que, identificando a hipótese em que a lei exija sua ação, se recuse de maneira arbitrária a agir. Entretanto, nos casos em que a própria lei lhe concede discricionariedade para agir, ele poderá legitimamente agir de acordo com critérios de oportunidade e conveniência. Esse caráter discricionário está presente em várias situações, como quando o Ministério Público intervém em razão da existência de um interesse público, cuja existência a ele incumbe reconhecer, pois que, se não o reconhecer, não haverá como defendê-lo; quando ele faz a transação

¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Princípio da Obrigatoriedade e o Ministério Público*. Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art4.pdf>. Acesso em: 04/set./18.

penal; quando colhe o compromisso de ajustamento de conduta; quando opina sobre a conveniência da venda de bens de incapazes.

Em suma, não se deve concluir, *prima facie*, pela inadmissibilidade das convenções processuais na ação penal pública. O membro do Ministério Público tem certa discricionariedade para, de forma fundamentada, ponderar a melhor estratégia para o caso concreto.

Assim é que, diante de uma conduta criminosa, pode o promotor público sopesar outros valores e chegar à conclusão de que a denúncia, apesar de adequada, pode não ser o meio mais eficaz para tratar o caso, ou que o interesse público pode ser alcançado de outra forma, inclusive por acordos processuais, que, em todo caso, estarão sempre sujeitos ao controle judicial.

Não por outro motivo, certa margem de liberdade na atuação do órgão ministerial foi reconhecida, por exemplo, no art. 4º, § 4º, da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013)¹², que previu a possibilidade de o Ministério Público não oferecer ação penal em desfavor daquele que formalizou acordo de colaboração premiada. Por sua vez, o § 2º do mesmo dispositivo dispõe que o membro do *Parquet*, considerando a relevância da colaboração prestada, poderá, a qualquer tempo, requerer ao juiz a concessão de perdão judicial ao colaborador.

No mesmo sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução nº 118/2014¹³, com o intuito de consolidar uma política de incentivo dos mecanismos de autocomposição. Nas justificativas para expedição do referido ato normativo lê-se que a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas, daí a imprescindibilidade da sistematização das referidas práticas.

Nessa trilha, merece destaque, por guardar maior pertinência com o tema em estudo, o quanto disposto no art. 16 da norma, o qual dispõe que “segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

¹² BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

¹³ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 118*, de 01 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.



De igual modo, recentemente foi publicada a Resolução nº 183/2018¹⁴ do CNMP, que estabelece a possibilidade de o Ministério Público propor acordo de não persecução penal nos casos em que a pena mínima cominada para determinado crime for inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, observadas as condições do seu artigo 18. Outrossim, a teor do art. 19 do referido ato normativo, o membro do *Parquet* poderá promover o arquivamento dos autos ou das peças de informação, se ficar convencido da inexistência de fundamento para propositura da ação penal pública.

Por fim, não se pode olvidar que o princípio da obrigatoriedade não incide sobre todas as modalidades de ação penal. De fato, a ação penal de iniciativa privada, assim como a ação pública condicionada à representação são orientadas pelos princípios da oportunidade e da disponibilidade da ação penal, de forma que ficará a critério da vítima ou daquele que a presente, segundo um juízo de conveniência e oportunidade, a decisão de oferecer ou não a queixa-crime ou exercer o direito de representação.

Ora, se nestas hipóteses, como visto, afigura-se possível desistir do processo, abdicar do direito de deflagrar a ação penal, ou mesmo extinguir a punibilidade do autor do fato pelo perdão do ofendido, com maior razão se deve permitir que, por motivos de economicidade, interesse e utilidade processual, as partes promovam acordos processuais.

3- CONCILIAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO COM O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* (PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO)

O Estado Democrático de Direito exige a participação dos sujeitos processuais na construção das decisões a que serão submetidos. Sendo assim, a solução para o caso concreto deve ser alcançada de forma dialética e não por meio do embate e hostilidade entre as partes. De fato, com fundamento no princípio democrático, deve-se abandonar o sistema adversarial, baseado na disputa entre autor e réu, para prestigiar um ambiente processual no qual o exercício do poder estatal e o autorregramento da vontade se harmonizem com vistas à pacificação social.

À luz dessa premissa, ganhou relevo no novo Codex Processual Civil¹⁵ o princípio da cooperação, inserto em seu art. 6º, que estabelece que todos os sujeitos processuais

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183*, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: < <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 1.

devem cooperar entre si para obter uma decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável.

Conforme nos ensina o Mestre Alexandre de Freitas Câmara¹⁶:

[...] o princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão “co-operar”, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo. Em outros termos, os sujeitos do processo vão, todos, em conjunto, atuar ao longo do processo para que, com sua participação, legitimem o resultado que através dele será alcançado. Só decisões judiciais construídas de forma participativa por todos os sujeitos do contraditório são constitucionalmente legítimas e, por conseguinte, compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Posto isso, nota-se que o tema da cooperação está intrinsecamente relacionado com os negócios processuais, na medida em que só é possível falar em flexibilização do procedimento e disposição de certas situações jurídicas se houver diálogo entre os sujeitos processuais.

O princípio da cooperação, corolário da boa-fé objetiva, reclama que as partes se comportem de forma leal e ética no curso do processo. Sob esse prisma e transpondo o tema para o ponto que nos interessa, indaga-se se existiria um dever de participação também no processo penal, tendo em perspectiva, sobretudo, a posição do acusado, a quem é conferido o direito a não autoincriminação.

Diante do modelo cooperativo de prestação jurisdicional, entende-se que o mito do alheamento completo do julgador e o excesso de formalismo do processo penal, no qual o juiz é o protagonista e as partes assistem passivamente ao desenrolar dos fatos, deve ceder espaço à autonomia da vontade e ao equilíbrio de forças entre os atores processuais.

Sob esse aspecto, o juiz conserva seus poderes, mas passa a ter o dever de promover o diálogo com as partes. Cumpre-lhe esclarecê-las, auxiliá-las e consultá-las, a fim de que, ao final do processo, uma decisão de mérito justa e efetiva seja obtida. A autoridade judicial, mantendo hígida sua imparcialidade, deve agir de modo cooperativo, em particular com a defesa, com vistas a reequilibrar a relação processual.

O Ministério Público, por sua vez, não foge a essa regra. Como visto no capítulo anterior, a atuação do órgão acusatório deve ser pautada não pela busca da condenação do acusado a qualquer custo, mas pelo interesse em ver elucidado o fato criminoso. Assim, também o *Parquet* deve agir de forma colaborativa, compartilhando, inclusive, evidências que levem a absolvição ou atenuação da culpabilidade do réu.

¹⁶ Câmara, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 22.



Por seu turno, sob a ótica do acusado, pondo em perspectiva o seu direito ao silêncio e a não autoincriminação, não se cogita, exatamente, de um dever de cooperação, mas, mais propriamente, de uma faculdade em colaborar na relação processual. De toda forma, a constatação de que o acusado não está obrigado a cooperar ativamente com a organização do processo não significa que possa ele ou seu defensor agir de forma desleal.

Neste ponto, vale transcrever a lição do Procurador Regional da República da 4ª Região Douglas Fischer¹⁷:

Por evidente que no processo penal ninguém será jamais obrigado a produzir prova contra si mesmo, muito menos tem o dever de colaborar com a produção de prova em seu desfavor. Não é disso que falamos. Diz com o comportamento geral, evitando-se a prática de atos írritos e desnecessários para o exercício da verdadeira ampla defesa. Atos procrastinatórios, testemunhas desnecessariamente arroladas, condutas contraditórias, dentre outras, não podem ser aceitas como normais diante desse princípio e também diante das complementares disposições dos preceitos dos arts. 4º e 6º, NCPC, que, além, de decorrerem de preceitos constitucionais, irradiam seus efeitos compreensivos sobre o ordenamento como um todo.

Nesse ponto, vale notar que o princípio da não autoincriminação não rivaliza nem inviabiliza os acordos no processo penal. De fato, o postulado em questão consagra garantia de proteção à pessoa do acusado contra arbitrariedades, uma vez que repisa a necessidade de respeito às garantias e direitos individuais, o que não afeta em nada sua autodeterminação e capacidade de exercer o direito subjetivo de firmar negócios processuais que possam trazer-lhe algum benefício.

Vozes contrárias às convenções processuais e à aplicação do princípio da cooperação, contudo, sustentam que no processo penal há um desequilíbrio de forças entre os sujeitos, e que por não se estabelecer ali uma relação entre indivíduos livres e iguais, como se dá no processo civil, a vontade das partes deve ser considerada irrelevante.

Sem menoscabo da posição daqueles que assim entendem, tem-se que a tese não se sustenta. Com efeito, a fragilidade intrínseca do acusado perante o Estado não importa, inexoravelmente, a inadmissibilidade das convenções sobre o processo penal. Afinal, sua vulnerabilidade frente à acusação não se confunde com a incapacidade material ou processual de realizar acordos.

¹⁷ FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do *nemo tenetur se detegere*, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação. Influências principiológicas da Constituição da República e do Novo CPC no processo penal. In: *Processo Penal*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Eugênio Pacelli e Rogerio Schietti Cruz. Salvador: Juspodium, 2016. p.58. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.13; coordenador geral: Fredie Didier Jr.).



À vista disso, é perfeitamente possível que o acusado celebre acordos sobre aspectos do procedimento e certas situações jurídicas processuais, desde que o faça, sempre, ancorado nos direitos e garantias fundamentais.

Dito isso, embora não seja dado a ninguém renunciar a direitos indisponíveis, porquanto intangíveis, também é fato que seu exercício não é obrigatório. Nessa esteira, a renúncia ao exercício de uma garantia processual ou a cessão de determinadas posições ou pretensões jurídicas não deixa de ser uma forma de realizar um direito fundamental, na medida em que retrata a liberdade de escolha do acusado, que pode ter em mira um benefício proporcional e legítimo.

Nesse sentido, merece transcrição o ensinamento de Antonio do Passo Cabral, para quem¹⁸:

[...] o argumento da desigualdade, além de discutível, não serve para infirmar a convencionalidade no processo penal. Sem embargo, até nos casos em que de fato confrontar um desvalido ao aparato repressor do Estado, mesmo então deve-se sustentar a admissibilidade das convenções processuais. A justificativa para este posicionamento repousa na constatação de que a convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade.

A fim de ilustrar como os negócios processuais podem reforçar a proteção ao acusado, tido como a parte mais frágil da relação processual penal, o insigne professor cita o exemplo de uma ação penal pública em que celebrado acordo para fixar um foro mais próximo ao domicílio do réu, ou um ajuste para dilatar prazos para prática de atos do processo, ou, ainda, um pacto para ampliar os meios de prova. Em nenhuma dessas hipóteses se vislumbra invalidade ou inadmissibilidade dos negócios processuais simplesmente por se estar diante de processo penal, mormente quando os aludidos acertos beneficiam o acusado.

Assim, a autolimitação no exercício de certas prerrogativas processuais, contanto que feita de forma livre e consciente e conforme orientação da defesa técnica, antes de significar renúncia do acusado a seu direito de defesa, pode representar, apenas, a adoção da melhor estratégia para diminuir as consequências de sua responsabilidade.

CONCLUSÃO

¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: *Processo Penal*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Eugênio Pacelli e Rogerio Schietti Cruz. Salvador: Juspodium, 2016. P. 167. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.13; coordenador geral: Fredie Didier Jr.).



Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de divergência acerca da possibilidade de aplicação dos negócios processuais, instituto que ganhou grande prestígio no Código de Processo Civil de 2015, no âmbito do processo penal. A controvérsia gira em torno da aparente incompatibilidade entre as características e princípios que orientam o direito processual penal e o fato de as convenções processuais pressuporem a autonomia da vontade e a disponibilidade do direito tutelado.

De um lado, parte da doutrina defende que o processo penal seria infenso à convencionalidade por se tratar de ramo do direito marcado pelo publicismo e estatismo, traduzindo normas cogentes e fora do alcance do poder de disposição dos atores processuais. Sustenta, ademais, que no processo penal, invariavelmente, há um desequilíbrio de forças entre as partes, uma vez que não se trava ali uma relação entre sujeitos livres e iguais, como se dá no processo civil.

Outrossim, alegam que os negócios processuais representariam uma vulneração aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, segundo os quais, havendo justa causa, é poder-dever do Ministério Público o exercício da ação penal, não lhe sendo permitido desistir da persecução penal uma vez oferecida a denúncia.

No entanto, com fundamento nas reflexões que se desenvolveram no decorrer deste trabalho, foi possível chegar à conclusão de que, em verdade, os acordos processuais podem facilitar o acesso à justiça e conferir maior efetividade à solução dos conflitos, na medida em que promovem a cooperação e o diálogo entre os sujeitos do processo.

Com efeito, é a partir da interlocução e participação das partes na dinâmica processual que o juiz poderá ter amplo conhecimento dos fatos e do direito, o que lhe permitirá chegar a uma decisão democraticamente construída, proferida após o esgotamento dos argumentos e contra-argumentos relevantes para o deslinde da causa.

Para mais, como visto ao longo do segundo capítulo, a indisponibilidade do direito material não é obstáculo intransponível aos acordos processuais. Ainda que o bem jurídico tutelado seja indisponível, esse só fato não obsta as convenções sobre procedimento ou sobre situações jurídicas, pois o objeto da negociação processual, nesse caso, não diz respeito ao direito substancial, mas sim ao modo como o processo se desenvolverá.

Além disso, os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal não são incompatíveis com o reconhecimento de certa discricionariedade conferida ao membro do Ministério Público. Afinal, com fundamento no princípio da independência funcional e nas prerrogativas constitucionais que lhe são atribuídas, não está ele impelido a promover a persecução penal quando as circunstâncias do caso ou questões de política



criminal não o recomendam, uma vez que sua atuação deve ser pautada pela correta aplicação da lei e com vistas à obtenção de uma decisão justa.

Outrossim, como salientado, os aludidos princípios não incidem sobre todas as modalidades de ação penal. De fato, a ação penal de iniciativa privada, bem como a ação pública condicionada à representação são regidas pelo princípio da oportunidade e da disponibilidade da ação penal, de forma que, nestas hipóteses, afigura-se plenamente razoável que motivos de economicidade, interesse e utilidade processual levem as partes a promover acordos processuais.

Por fim, firmou-se o entendimento de que o Estado Democrático de Direito exige a participação dos sujeitos processuais na construção das decisões a que serão submetidos. Nessa senda, a solução para o caso concreto deve ser alcançada de forma dialética e não por meio do enfrentamento e animosidade entre as partes, razão pela qual o princípio da cooperação também ganha relevo no processo penal.

As possibilidades de utilização dos negócios processuais no processo penal são inúmeras, competindo à doutrina e jurisprudência desenvolver boas práticas que permitam extrair do instituto as melhores soluções também na jurisdição penal. O ponto nevrálgico é buscar o equilíbrio entre as possibilidades de flexibilização do procedimento, as garantias processuais fundamentais do acusado e o atendimento ao interesse público.

REFERÊNCIAS

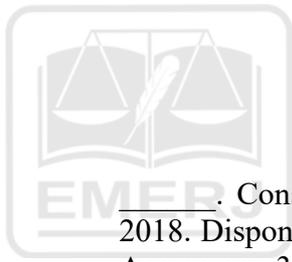
BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 118*, de 01 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.



. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183*, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. *Acordos processuais no processo penal*. In: *Processo Penal*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Eugênio Pacelli e Rogerio Schietti Cruz. Salvador: Juspodium, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.13; coordenador geral: Fredie Didier Jr.).

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2017.

FISCHER, Douglas. *Sobre a compatibilização da ampla defesa, do nemo tenetur se detegere, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação. Influências principiológicas da Constituição da República e do Novo CPC no processo penal*. In: *Processo Penal*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Eugênio Pacelli e Rogerio Schietti Cruz. Salvador: Juspodium, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.13; coordenador geral: Fredie Didier Jr.).

JARDIM, Afrânio Silva. *Por uma visão publicista do nosso sistema processual*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/por-uma-visao-publicista-do-nosso-sistema-processual-por-afranio-silva-jardim-1508758434>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Princípio da Obrigatoriedade e o Ministério Público*. Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art4.pdf>. Acesso em: 04/set./18.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010)*. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014.



A JUDICIALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A DEFINIÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DO ATIVISMO JUDICIAL

Márcia Lindsay Cabral Gomes

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Pós-graduada em Direito Privado
pela Universidade Veiga de Almeida

Resumo - a pesquisa foi dedicada ao tema da judicialização da prestação do direito à saúde e a definição do mínimo existencial como critério legitimador do ativismo judicial, cujo objetivo geral buscou avaliar a prática do ativismo judicial, no contexto da democracia brasileira, e o objetivo específico, traçar critérios para definir o que vem a ser o mínimo existencial no direito à saúde. Adotada a metodologia hipotético-dedutiva. Como resultado da pesquisa, concluiu-se que consistindo o mínimo existencial no núcleo do direito constitucional à saúde, a sua satisfação implica no respeito à dignidade da pessoa humana, de índole principiológica e constitucional, logo não é admissível a imposição de quaisquer limites políticos à sua concretização, tendo em vista, ainda, o caráter de direito fundamental desse direito.

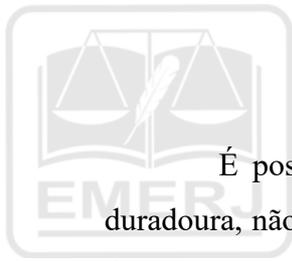
Palavras-chave - Judicialização. Saúde. Ativismo. Mínimo existencial. Dignidade da pessoa humana.

Sumário - Introdução. 1. A judicialização política e o ativismo judicial como resultado positivo ou negativo. 2. A eficácia positiva do direito constitucional à saúde e os entraves para a sua concretização. 3. O mínimo existencial como elemento de ponderação na jurisdicionalização das questões da saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Pretende-se abordar, no presente artigo científico, as consequências do ativismo judicial, como solução proposta às questões judicializadas de mérito político, na área da saúde, no Brasil, considerando o regime político democrático, adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A cada ano, cresce a quantidade de demandas relativas à prestação de saúde pública propostas perante o judiciário brasileiro, em busca de atendimento digno e eficiente, tendo em vista que a população se mostra cada vez mais doente. As soluções propostas pelo judiciário, por meio de medidas coercitivas, porém não parecem resultar em efeitos positivos e progressistas à comunidade.



É possível até dizer que a atuação judicial, longe de alcançar uma solução eficiente e duradoura, não consegue nada além de remediar as crises enfrentadas no setor. Há vezes, porém na doutrina que questionam até onde o seu ativismo não estaria agravando a crise da saúde, por se imiscuir em questões não afetas a sua atribuição jurisdicional constitucional.

Destaca-se, ainda, a intensa divergência da doutrina se a judicialização de políticas públicas não seria uma ameaça ao princípio constitucional da separação dos poderes e se os seus efeitos para a democracia do país não se caracterizariam como deletérios e nocivos.

Resta, então, o questionamento, se a despeito de todas as preocupações com os aspectos institucionais relacionados ao tema, não equivaleria a imposição da prestação da saúde pelo Poder Judiciário à realização da sua típica função estatal, qual seja, julgar. Não se duvida de que não é o judiciário quem bate às portas da população para oferecer ajuda, mas sim o próprio cidadão que recorre até ele, submetendo à sua tutela o bem da vida pretendido ou o direito de que se sente carente.

Partindo dessas premissas, a presente pesquisa se propõe a avaliar, no primeiro capítulo deste trabalho, com mais acuidade o papel do judiciário frente à judicialização do direito à saúde, considerando ser a sua prestação à coletividade atividade típica do Poder Executivo, a quem cabe implementar políticas sociais, por meio da gestão do orçamento público e da discricionariedade administrativa quanto à aplicação do orçamento.

Para tanto, será trabalhado nesse capítulo a conceituação e distinção entre os termos judicialização e ativismo e os seus reflexos no contexto social e político. Serão, ainda, expostas as críticas favoráveis e desfavoráveis ao ativismo judicial originado a partir da judicialização da saúde.

No segundo capítulo, será tratado o conceito de saúde, positivado no art. 196 da CRFB/88, a fim de compreender a extensão do compromisso assumido pelo Estado, na Constituição Federal da República do Brasil, no atendimento à saúde. Será verificada também a eficácia conferida a esse direito, numa visão constitucional, e os entraves que impedem a sua realização a um nível satisfatório.

Por fim, no terceiro e último capítulo, serão propostas soluções que possam superar os entraves analisados, no segundo capítulo, com destaque ao mínimo existencial, como um conceito de dignidade humanidade, que bem compreendido, pode direcionar soluções práticas e objetivas à crise no setor da saúde, bem como a legitimar o ativismo judicial, conferindo-lhe maior constitucionalidade.

Pretende-se, assim, legitimar soluções à efetividade do direito à saúde, a fim de que se cumpra os objetivos fundamentais determinados na Constituição da República Federativa do Brasil,

sem perder de vista o regime democrático brasileiro, nem a realização dos direitos e princípios fundamentais, dentre os quais, destaca-se o direito à igualdade.

Para tanto, foram utilizadas como fontes de pesquisa, para a realização do presente livros, periódicos artigos, extraídos da web, assim como site de internet para o uso de conceitos e outras informações acessórias.

A metodologia científica utilizada foi descritiva.

1. A JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL COMO RESULTADO POSITIVO OU NEGATIVO

Embora distintos, os institutos da judicialização da política e ativismo judicial relacionam-se por serem complementares. Nas palavras de Lênio Streck¹, é possível compreender o que é a judicialização da política, assim:

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in) adequado das instituições, dentro do esquadro institucional, traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. (...). Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento adequado das instituições.

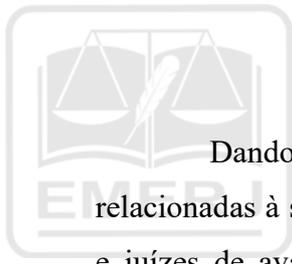
Ao conceituar o ativismo judicial, o autor² torna evidente a sua rejeição pelo fenômeno, que julga nocivo à democracia, pois, segundo ele, “decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública”.

Roberto Basilton³, ao conceituar o ativismo judicial, qualifica-o como político, já que decorrente da intervenção judicial em questões de mérito político, assim sintetizando o seu conteúdo: "É uma atitude espontânea do magistrado que adota postura hermenêutica flexibilizante no sentido de interpretar as leis de modo a alargar as competências do judiciário e abarcar na decisão judicial matérias de mérito político."

¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é ativismo?* Disponível em: <<<http://osconstitucionalistas.com.br>>> Acesso em: 19 set. 2018

² *Ibidem*, p. 02.

³ LEITE, Roberto Basilton. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional*. Edição única. São Paulo: LTr, 2014, p. 180.



Dando ênfase à judicialização nas políticas públicas e sociais, dentre elas, aquelas relacionadas à saúde, Carlos Alexandre⁴ caracteriza o ativismo judicial à prática moderna de cortes e juízes de avançarem nas tarefas de controle das políticas públicas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Lênio Strack⁵, então, esclarece a distinção entre os institutos:

O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço” seja para manter o status quo).

Segundo Roberto Basilone⁶, aqui no Brasil, são apontados como fatores favoráveis à judicialização da política a democracia, a separação dos poderes, a política de proteção aos direitos, a perda de eficácia das instituições majoritárias e da credibilidade das instituições políticas, dentre outras.

Ingo Sarlet⁷, aproximando mais a causa da judicialização ao tema afeto à implementação de políticas públicas, explana a problemática da falta de eficácia social dos direitos fundamentais, mesmo na atualidade, em que já se passou 20 (vinte) anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse contexto, justifica-se a razão porque gradualmente cresce a judicialização de demandas relacionadas à concretização do direito à saúde, que, por sua vez, exigem dos aplicadores do Direito, em especial, do Estado-Juiz uma ação mais arrojada sobre questões que envolvam alocação de recursos públicos e controle das ações e omissões da administração pública, na esfera dos direitos fundamentais sociais.

Com razão, portanto, Basilone⁸ ao vislumbrar na política de proteção aos direitos um dos elementos fomentadores à intervenção judicial, a qual, nessas circunstâncias, tem em vista a concretização de direitos fundamentais, por meio da realização de uma justiça constitucional, na qual se busca a efetividade de direitos que, por sua própria natureza, gozam de aplicabilidade imediata, não obstante o seu flagrante desrespeito por parte das instâncias executiva e legislativa do Estado.

Nesse sentido, compreende-se a valiosa contribuição da judicialização política no processo de implementação e fortalecimento da democracia, que teve como marco consolidador a própria

⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 170/171.

⁵ STRECK, opus citatum, p. 01.

⁶ LEITE, opus citatum, p. 68

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 14.

⁸ LEITE, opus citatum, p. 70.



Constituição Federal da República do Brasil de 1988, por meio da abertura de novos canais de participação dos cidadãos nas decisões políticas do país, tornando a sua prática bem-vinda em comunidades que adotam o sistema de regime democrático.

Ressalte-se que o ativismo judicial, como resposta ao processo de pluralização da participação política do cidadão, é julgado pela doutrina como positivo, haja vista a oportunidade que representa à participação democrática do povo que, por meio do poder judiciário, interfere na definição de políticas públicas.

Dworkin⁹, porém entende que o protagonismo judicial não integra a estrutura do sistema democrático, uma vez que os juízes brasileiros carecem de "legitimação democrática", já que não escolhidos pelo povo, mas por meio de provas escritas e orais ou indicação oligárquica por tribunais. Avalia, assim, negativamente a sua ocorrência como prática resultante da judicialização política, cujos danos estruturais consequentes ao sistema democrático não compensam.

Prossegue, destacando que a utilidade da intervenção judicial, em questões de mérito político, situa-se na preservação da democracia, a partir de uma base argumentativa, na qual se propicie o debate político, alicerçado em princípios jurídicos, que induzam o cidadão a expor suas ideias e influenciar na decisão política do Estado.

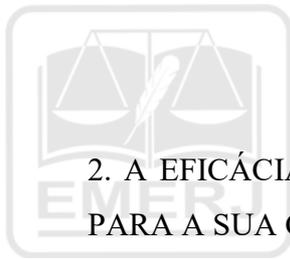
Todavia, o deslocamento desses debates da arena política para os gabinetes dos tribunais, a *contrario sensu*, não contribui para a democracia, mas apenas internaliza o debate político, enquadrando-o aos rigorosos limites e formalidades processuais, que resulta numa proposta conservadora, autoritária e antidemocrática.

Na avaliação de Ingo Sarlet¹⁰, esses debates vêm se tornando cada vez mais sofisticados, por parte da doutrina e da jurisprudência, no entanto, seguem em aberto e sem solução por falta de critérios seguros que garantam a construção de um processo decisório constitucionalmente adequado e condizente com a mais legítima expressão do justo.

Assim, não obstante sejam endereçadas críticas severas ao ativismo judicial por renomados autores jurídicos, há uma corrente na doutrina que sustenta e alimenta a sua prática, quando diante de políticas públicas destinadas à realização de direitos fundamentais sociais, cuja eficácia imediata não se discute, defendendo-se, nesses casos, a atuação do Poder Judiciário por força do princípio da inafastabilidade judicial, bem como do acesso à justiça para a proteção dos direitos fundamentais.

⁹ DWORCKIN apud LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional. 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ltr, 2014, p. 189.

¹⁰ SARLET, opus citatum, p.14 .



2. A EFICÁCIA POSITIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E OS ENTRAVES PARA A SUA CONCRETIZAÇÃO SOCIAL

Do ponto de vista da Constituição Federal, o art. 196 da CRFB/88¹¹ revela o conceito de saúde adotado pelo constituinte originário, que partiu da ideia da prevenção de doenças e da sua cura àqueles que padecem de certas enfermidades.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

De acordo com Carlos Amorim¹², na época da industrialização, relacionava-se a saúde à "ausência de doenças", em função dos operários que não poderiam ficar doentes, diante do risco de diminuir a produção industrial. A partir do século XX, rompe-se com a ideia de saúde meramente curativa, passando-se a agregar à saúde o conceito de prevenção, mudança que só foi possível, após o fim de 2ª Guerra Mundial, com o desenvolvimento do Estado Social.

Ante a escassez de recursos e o sofrimento das sociedades, tornou-se necessária a intervenção estatal na questão de saúde. Nesse mesmo contexto, nasceu a Organização das Nações Unidas e a sua Declaração Universal dos Direitos do Homem, que consagrou os direitos fundamentais e sociais do homem. A saúde torna-se, então, um direito de todos e não mais privativo da classe operária, visto que passa a ter a sua prestação livre de qualquer forma de discriminação.

Surge, então, a Organização Mundial da Saúde - OMS¹³ que, em seu preâmbulo, traz o conceito de saúde, assim como os princípios e objetivos a serem perseguidos pelos Estados signatários: "a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade".

A República Federativa do Brasil, como um dos Estados aderentes, passa a reconhecer a saúde de forma mais ampla, buscando não só a cura de doenças, mas também meios eficazes de prevenção de doenças, para o completo bem-estar humano.

¹¹BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 16 Set. 2018.

¹² LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 22.

¹³BRASIL, *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 Out. 2018

Com efeito, além da sua extensão, extrai-se da constitucionalização da saúde a caracterização de um direito destinado a todos e de dever do Estado, que tem por atributos a universalização e a igualdade de acesso.

Consagrado como um direito constitucional, no art. 6º da CRFB/88, sob a rubrica de direitos sociais, o direito à saúde decorre do direito à vida, reconhecida esta como um bem supremo, e da proteção à dignidade humana.

A emancipação ao *status* constitucional deu-se, nos artigos 196 a 200 da CRFB/88, onde a saúde encontrou sua maior concretização a nível normativo-constitucional, como observa Ingo Sarlet¹⁴, tanto a nível de conteúdo estrutural, quanto material.

Diante da concepção de normatividade direta da Constituição, cabe indagar acerca da efetividade das suas normas, sendo a doutrina majoritária favorável a outorga máxima de eficácia e efetividade possível às normas de direitos sociais, dentre elas, às de saúde.

Sarlet fundamenta o mencionado entendimento na natureza de direito fundamental, reconhecido a todos os direitos sociais que, segundo o autor, justifica-se em razão da dupla fundamentalidade formal e material, dispensada a essa categoria de direitos, assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil.

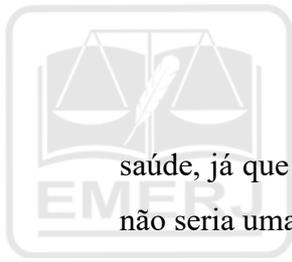
Os direitos sociais caracterizar-se-iam, portanto, em direitos fundamentais, em que pese estarem excluídos do rol do art. 5º da CRFB/88, sediados, no entanto, no Título II (dos direitos e garantias fundamentais), o que lhes confere fundamentalidade formal, ao lado da relevância e essencialidade de que são dotados, ratificando, então, a sua fundamentalidade material.

Na qualidade de direito social, a saúde é reconhecido como um direito indispensável ao pleno desenvolvimento do indivíduo, como pessoa e cidadão, não havendo condições de autodeterminação sem garantia e efetivação do direito fundamental social.

Não obstante seja expressamente admitida a sua importância, consiste a prestação da saúde no problema central enfrentado diariamente, em todos os cantos do Estado brasileiro, com reflexo direto no exercício da cidadania, haja vista que parcela significativa da população brasileira não tem acesso aos serviços de saúde pública .

Com frequência, atribui-se à dimensão econômica relevante das prestações dos direitos sociais pelo Estado o motivo principal para o entrave à regular e satisfatória entrega do direito à

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.



saúde, já que vinculadas a real disponibilidade de recursos financeiros nos cofres públicos e se esta não seria uma barreira insuperável à realização dos direitos sociais.

Confrontado com o obstáculo suscitado pela administração pública, através da alegação da “reserva do possível”, que expõe em risco o direito fundamental à vida e à saúde de milhares de brasileiros, depara-se o julgador com o dever positivado no art. 5º, XXXV da CRFB/88, que lhe impõe a obrigação de apreciar a lesão ou ameaça de qualquer direito, tendo por espoco principal a observância às normas constitucionais.

Certo é que o notório descaso observado na área da saúde, deixa claro que o administrador, a despeito da discricionariedade que lhe é atribuída na gestão do orçamento, vem deixando de adotar as regras de direito e princípios determinadas pela Constituição da República Federativa do Brasil, negligenciando as prescrições constitucionais, que não lhe permitem a escolha quanto ao investimento nas áreas dos direitos sociais, que é obrigatória.

Assim, as leis orçamentárias estabelecem limites mínimos de aplicação do orçamento público na área da saúde, educação, assistência social e dos demais direitos sociais, previstos no art. 6º da CRFB/88.

Ante a evidente negligência pública, o judiciário vem concedendo as prestações materiais no âmbito do Sistema único de Saúde – SUS, porém não sem os efeitos colaterais suportados por toda sociedade. Ricardo Seibele destaca o compromisso do direito à saúde com a realização da justiça social, haja vista a sua regulamentação no título reservado à Ordem social, que tem por objetivos a justiça social e o bem-estar social.

Ricardo Seibel¹⁵ atenta para o valor do direito à saúde como um típico de direito social, destacando, assim, o seu caráter de direito de todos, cujo acesso deve ser universal e igualitário. A concessão indiscriminada, individual, irracional e sem critérios do direito à saúde, porém, exercida em detrimento da coletividade, contribui para a perpetuação da desigualdade no acesso, com prejuízo ao fortalecimento dos direitos

Surge, assim, a necessidade de encontrar um critério que atenda à efetividade do direito à saúde, sem colocar em risco o direito da sociedade, descoberta de um atendimento igualitário, que atenda às suas demandas, por culpa de uma minoria beneficiada com um acesso privilegiado e diferenciado pela judicialização da saúde.

¹⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

3. QUAL É O PAPEL DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA JURISDIONALIZAÇÃO DAS QUESTÕES DA SAÚDE – ELEMENTO DE PONDERAÇÃO

Inicialmente, cumpre apresentar o conceito de mínimo existencial, aqui proposto como a solução que orientará a aplicação efetiva do direito constitucional à saúde.

Como menciona Ingo Sarlet¹⁶ o mínimo existencial vem sendo indicado por alguns como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.

Na doutrina, destaca-se Ana Paula de Barcelos¹⁷, que magistralmente sustenta a prevalência do mínimo existencial, no âmbito dos direitos sociais, que, segundo a autora, não está sujeito à reserva do possível.

Em que pese não haver no ordenamento pátrio previsão constitucional expressa do direito ao mínimo existencial, Ingo Sarlet¹⁸ defende que a sua existência decorre da proteção da vida e da dignidade humana, prescindido, portanto, de previsão constitucional. Expressa.

A Constituição da República Federativa do Brasil, porém, no elenca, no título dedicado à ordem econômica, os princípios e objetivos constitucionais, que têm por fim garantir uma existência digna de acordo com a justiça social.

Ao discorrer sobre o direito à saúde, a autora se refere à saúde básica, da qual diferencia daquela não básica, como sendo uma parcela da saúde que, apesar de igualmente necessária ao bem estar e a saúde do indivíduo, não está dentre as prioridades estabelecidas pela Constituição e que, por isso está excluída do mínimo existencial.

Nesse contexto, a saúde básica é aquela que decorre do texto constitucional e que se refere ao núcleo básico da dignidade humana, de onde se extrai o mínimo existencial, cuja eficácia positiva lhe torna oponível e exigível dos poderes públicos constituídos, obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações.

Nesse contexto, pode-se afirmar que ao Judiciário cabe não só o poder, mas também o dever de determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõem o mínimo, como consequência da sua eficácia positiva.

¹⁶ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

¹⁸ *Ibidem*.



Logo, não há dúvidas quanto à legítima expectativa na atuação positiva do Poder Judiciário na imposição da prestação do direito à saúde. As dificuldades que surgem sobre o tema são outras e que levam à reflexão sobre a atuação do juiz e como definir o mínimo existencial no direito à saúde.

Mais do que isso, a implementação dos direitos sociais visa concretizar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na medida em que reduz as desigualdades sociais existentes, realizando, assim, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, eleito pelo legislador constituinte, como expresso no art. 3º da CR/88.

Em virtude da sua associação direta com o direito à vida, permitiu-se pensar nela como uma norma constitucional de eficácia plena, impositiva, portanto de cumprimento imediato pelo Estado.

Da auto-aplicabilidade das normas constitucionais relativas ao direito à saúde, decorre a sujeição da respectiva matéria à apreciação jurisdicional, em vista da sua força normativa.

Com efeito, sustenta-se que a eficácia positiva na área da saúde impõe um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante de quaisquer dos poderes constituídos, inclusive o Judiciário, por força e consequência da Constituição.

O conceito do mínimo existencial surgiu na Alemanha em 1953, em decisão proferida pelo tribunal alemão, na defesa e proteção dos direitos fundamentais, cujo ponto de partida foi o princípio da dignidade humana.

A partir do princípio da dignidade humana, resulta a compreensão do que vem a ser o mínimo existencial, que tem por fundamento a proteção a direitos essenciais a uma vida digna.

Avançando os estudos já propostos sobre o tema, Ana Paula de Barcelos, professora titular de Direito Constitucional da UERJ, na dissertação da sua tese de mestrado, enfrenta com objetividade o que vem a ser a saúde constitucionalizada Magna de 1988, estabelecendo critério objetivos que revelam com clareza o que vem a ser o mínimo existencial na área da saúde.

Reconhece a autora a delicadeza do tema, já que se tratando de saúde, não é possível impor graduações para se concluir por um nível mínimo de saúde. Para tanto, desenvolve o conceito de mínimo existencial afeto à saúde, partindo do conceito de isonomia e excluindo um tratamento tenha por fim atender ao maior número de pessoas, com base numa relação entre custo e benefício, já que nesse critério, a minoria estaria excluída, ainda que pudesse aparentar ser mais eficiente.

De fato, devem ser admitidos os limites do orçamento público, que se apresenta como uma realidade irrefutável, sem, no entanto, reconhecer esse limite orçamentário com um restritivo à realização do mínimo existencial.

Impõe-se, assim, a realização de escolhas trágicas, já que nem todas as prestações de saúde encontram-se disponíveis na rede pública, assim, é realmente trágico que o indivíduo necessite de



uma determinada prestação para o restabelecimento ou a manutenção da saúde, sem que tenha direito a ser exigido judicialmente.

Indispensável trazer à consciência quais as decisões dos poderes públicos, em matéria de prestação de direitos, que sempre envolverão uma escolha trágica, já que ela, sempre irá implicar numa escolha que priorizará determinada situação em detrimento de outras, seja no âmbito judiciário, executivo ou legislativo, realidade, que precisa ser encarada de forma clara.

Retoma-se, assim, o critério isonômico que parte do princípio de que se todos somos iguais, a dignidade é igual para todos, logo o mínimo existencial deve ser comum a cada indivíduo, sem exclusão de ninguém. Para tanto, impõe-se identificar quais prestações de saúde todos os indivíduos necessitam.

A autora, então, constrói um raciocínio, com base no critério da isonomia, e com fundamento no princípio da dignidade humana, que vai ao encontro com as prioridades estabelecidas pela própria Constituição da República Federativa do Brasil para a área da saúde, quais sejam: i) prestação do serviço de saneamento; ii) atendimento materno-infantil; iii) ações na medicina preventiva; iv) ações de prevenção epidemiológica.

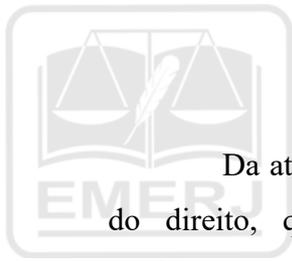
Desta forma, assegura-se a todos quem tenham direito subjetivo a esse conjunto comum e básico de prestações de saúde como corolário imediato do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo exigi-lo, caso não seja prestado voluntariamente pelo Poder Público.

Coincidência ou não parece ter sido essa a escolha do Constituinte Originário que, no texto constitucional, estabelece quatro prioridades para a área de saúde, quais sejam: i) a prestação do serviço de saneamento (art. 23, IX, 198, II e 200, IV da CRFB/88); ii) o atendimento materno-infantil (art. 227, 1º, I da CRFB/88); iii) as ações de medicina preventiva (art. 198, II da CRFB/88); iv) as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II CRFB/88).

Como conclusão lógica do disposto acima, todos poderão desfrutar de todas as prestações possíveis e necessárias para a prevenção e recomposição do seu estado de saúde.

CONCLUSÃO

Ao longo da presente pesquisa, foi possível conhecer melhor o grande dilema enfrentado pelo Judiciário, na judicialização das políticas públicas relacionadas ao direito à saúde, na qual frequentemente se depara com demandas que trazem verdadeiros dramas pessoais vividos por indivíduos, que buscam prestações de saúde específicas, das quais dependem para salvar a sua vida.



Da atuação de juízes e tribunais, surgem decisões que extrapolam o mero reconhecimento do direito, quando este encontra assento especialmente constitucional, para efetivamente implementarem o direito, em si, no mundo real, adentrando, por conseguinte, na atuação política, em regra, destinada ao Poder Executivo .

Críticos surgem, então, em sentidos diversos, se não para defender, para apresentarem argumentos contrários ao ativismo, decorrente de tais decisões, cada qual examinando o tema sob uma ótica própria, a do Estado, ou a do cidadão, que há muito tempo carece de uma atenção estatal na concretização dos seus direitos sociais.

De todas as críticas de oposição, a que parece mais difícil de ser superada é a que traz argumentos orçamentários quanto à “reserva do possível”, uma vez que a falta de recursos materiais, seja financeiro ou pessoal, é uma questão fática contra a qual, a princípio, não há argumentos.

Todavia, o que foi possível, concluir a partir da discussão para aqui trazida é que quando se fala de normas constitucionais de eficácia jurídica positiva não há espaço para qualquer outro debate. Para tanto, importa reconhecer a natureza normativa da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, admitindo-se que a nossa Carta Magna não se restringe apenas a regulamentar a organização jurídico-administrativa e política do país, mas também em defender direitos individuais e coletivos fundamentais e promover direitos sociais, os quais visam realizar os princípios por ela próprios escolhidos como fundamento e objetivo da República, torna-se corolário reconhecer quais os valores que possuem supremacia absoluta ou mesmo se existe ou existem esses valores.

Reconhecida o seu valor, após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana revela-se como um conceito a serviço da existência humana, que destaca o ser humano como prioridade. Não há dúvidas de que a razão de ser de qualquer organização política de um Estado é a existência de pessoas, senão para que serviria a organização de um país, que relações pretenderia o estado regulamentar? Por fim, todas as medidas políticas, econômicas e sociais do Estado têm por fim maior a existência do ser humano, logo seria uma verdadeira inversão de valores pretender-se colocar questões relacionadas ao Estado, como a separação dos poderes, acima das questões pessoais, relacionadas diretamente ao indivíduo.

Quando se fala em saúde essas questões denotam ainda mais relevância, na medida em que a saúde é corolário imediato da vida, sendo certo que não há vida sem saúde, já que a sua manutenção é condição à existência da vida.

Evidencia-se, portanto a relação direta entre o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo à toa que a Constituição da República Federativa do Brasil positivou o



direito à saúde e tratou de prever, em seus enunciados, condições e diretrizes mínimas para a sua realização por todos os poderes constituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário.

Compreende-se, porém que a questão orçamentária, longe de ser um impeditivo, deve ser examinada como um limitativo às possibilidades do Estado, ainda mais num país com as dimensões físicas, como o nosso e de notável carência em diversos aspectos. Logo se faz necessário trabalhar com a ideia de mínimo existencial, que melhor representa, em termos práticos, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse aspecto, tentou-se trabalhar com o conceito de saúde básica como premissa para a compreensão do mínimo existencial em tema de saúde. É fato que a saúde engloba diversas técnicas, cuja tecnologia a cada dia avança mais e torna-se mais cara também.

O Estado, por sua vez, não tem condições de prestar a saúde, em todas as suas formas e dentro de todas as possibilidades, aos indivíduos, com base nos critérios estabelecidos pela Carta Constitucional, quais sejam, a universalidade e igualdade. Torna-se, assim, imperioso e indispensável estabelecer em bases objetivas, do que se trata o mínimo existencial em direito à saúde.

Assim, pretendeu colaborar essa pesquisa com dados que vem trazer a reflexão sobre o tema, revelando de pronto que a saúde mínima a ser prestada é a saúde básica, a qual deverá ser eleita, a partir do critério da igualdade constitucional, como sendo aquela inerente às prestações a que todo ser humano necessita, em alguma fase da vida, seja no nascimento, na infância, adolescência, fase adulta ou na velhice.

Uma vez estabelecido esse mínimo existencial em matéria de saúde será facilitada a ação do Judiciário, como ator igualmente na implementação dos direitos fundamentais, em harmonia com a sua função jurisdicional, atribuída pela Constituição Federal.

Certo é que diante da eficácia jurídica positiva do mínimo existencial, na área da saúde, um conjunto de prestações de saúde torna-se exigível diante do Judiciário, ou de quaisquer dos poderes constituídos, os quais estão obrigados, por mandamento constitucional, a colocar à disposição das pessoas tais prestações.

REFERÊNCIAS:

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/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 16 set. 2018.

_____, *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 out. 2018.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014.

LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional. 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Brasília: Jus Podvm, 2016.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é ativismo?* Disponível em <<<http://osconstitucionalistas.com.br>>> Acesso em: 19 set. 2018.

A COMPATIBILIDADE ENTRE A NOVA REGRA DO ARTIGO 219, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS

Marcio Alves da Paz

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduado em Direito Civil e Privado pela AVM – Instituto A Vez do Mestre. Advogado. Juiz Leigo no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – o Novo Código de Processo Civil trouxe inovação no que se refere à forma de contagem dos prazos de natureza processual, implementando a contagem apenas em dias úteis (art. 219, do CPC). Doutrina e Jurisprudência brasileiras divergem sobre a aplicação do citado dispositivo legal no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais regidos pela Lei nº 9.099/95. Os que defendem a inaplicabilidade sustentam que a nova forma de contagem causaria retardo na marcha processual, indo de encontro aos princípios vetores do sistema (simplicidade, oralidade, informalidade, celeridade e economia processual). Outra parte, em sentido contrário, culpa o próprio Poder Judiciário, e não a dilação dos prazos processuais, pela morosidade da prestação da tutela jurisdicional e defendem a aplicabilidade do art. 219, do CPC aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais em respeito aos operadores do direito que mereceriam descansar nos sábados, domingos e feriados. O presente trabalho abordará essa divergência e tentará mostrar que a contagem dos prazos de natureza processual em dias úteis é perfeitamente aplicável ao procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, não sendo fator de contribuição para a morosidade dos processos nessa seara.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Juizados Especiais Cíveis. Princípios Norteadores. Contagem de prazos processuais em dias úteis. Aplicabilidade. Controvérsias.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação integrativa do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais. 2. A harmonização entre o art. 219, do Código de Processo Civil e os princípios que orientam os Juizados Especiais Cíveis Estaduais – Impacto na duração razoável do processo? 3. O real motivo da morosidade nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais. Art. 219, do Código de Processo Civil ou outros fatores? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda a aplicação do artigo 219, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais regidos pela Lei nº 9.099/95.

O objetivo do presente estudo é apresentar as divergências existentes na Doutrina e na Jurisprudência acerca do tema e demonstrar que a aplicação do citado dispositivo legal não é incompatível com os princípios vetores do procedimento estabelecido pela Lei nº 9.099/95 e nem tampouco com o princípio da duração razoável do processo, consagrado pelo artigo 5º, LXXVIII, da CRFB/88, além de não ser o artigo 219, do CPC, o “responsável” pela indesejada morosidade dos



Juizados Especiais Cíveis Estaduais, ao contrário do que sustentam aqueles que defendem a inaplicabilidade do dispositivo legal em foco.

O artigo 219, do CPC, trouxe uma singela modificação na forma de contagem dos prazos de natureza processual estabelecidos em dias, dispondo que tais prazos serão contados apenas em dias úteis, diferentemente do que acontecia na vigência do Código de Processo Civil de 1973, revogado pela Lei nº 13.105/2015 (CPC). De acordo com a nova disposição legal, os prazos processuais fixados em dias úteis serão suspensos nos dias de sábado, domingo, feriados, e nos dias em que não houver expediente forense.

A nova forma de contagem dos prazos processuais fixados em dias, embora represente um indubitável benefício para a classe de advogados por permitir que estes profissionais gozem do merecido descanso nos finais de semana e feriados, configura inegável retardo na marcha processual.

Nesse contexto, discute-se em doutrina e jurisprudência se a nova regra se aplicaria ou não ao microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, cujos princípios orientadores estabelecidos no Art. 2º, da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 (simplicidade, informalidade, oralidade, celeridade e economia processual) conspiram para a rápida solução da lide, em estrita consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88).

No primeiro capítulo deste artigo científico aborda-se se o Código de Processo Civil deve ser aplicado aos Juizados Especiais Cíveis de forma irrestrita, uma vez que, sabidamente, o CPC é diploma de regência supletiva da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Ou seja, até que ponto o aplicador do direito pode se valer das normas estabelecidas no Código de Processo Civil para preencher as lacunas processuais deixadas pelo Legislador que editou a Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais.

O Segundo capítulo demonstra que apesar da ligeira dilação na marcha processual causada pela aplicação do artigo 219, do CPC aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, a norma é perfeitamente compatível com o procedimento estabelecido pela Lei nº 9.099/95, o qual é regido pelos princípios da simplicidade, informalidade, oralidade, celeridade e economia processual (Art. 2º, da Lei nº 9.099/95), e com o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB). O capítulo também aborda o ponto de vista daqueles que defendem a inaplicabilidade do dispositivo, bem como a divergência existente na doutrina e na jurisprudência sobre o tema.

O terceiro e último capítulo tem por objetivo responder ao questionamento que se faz acerca da contribuição, ou não, da norma do artigo 219, do CPC, para a indesejada morosidade do Judiciário.



Conclui-se o presente artigo científico com a explanação sobre a inegável compatibilidade da norma do artigo 219, do CPC, com os princípios norteadores do procedimento estabelecido pela Lei nº 9.099/95.

Tratando dos procedimentos metodológicos, adota-se a abordagem de pesquisa qualitativa, exploratória, utilizando-se do método bibliográfico com a finalidade de demonstrar que a contagem do prazo de natureza processual em dias úteis não é incompatível com o sistema dos Juizados Especiais Cíveis. A pesquisa será feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas em meios escritos ou eletrônicos, como livros, artigos científicos e páginas de web sites.

1- A APLICAÇÃO INTEGRATIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS

A Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, que possui fundamento constitucional no art. 98, I, da CRFB/88¹, instituiu no ordenamento jurídico nacional os Juizados Especiais Cíveis Estaduais, que são competentes para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim compreendidas no Art. 3º, da Lei dos Juizados.

Não é pacífica no universo do Direito Processual Civil a questão da aplicabilidade do Código de Processo Civil ao sistema dos juizados especiais cíveis estaduais.²

A divergência estaria no fato de que o CPC possui regras que seriam incompatíveis com os princípios da simplicidade, oralidade, informalidade, celeridade e economia processual, vetores do procedimento sumaríssimo dos juizados, elencados no art. 2º, da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.

Embora a Lei nº 9.099/95³ não tenha feito expressa menção à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil em caso de lacunas, há na Lei dos Juizados Especiais Cíveis alguns

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

²Doutrina e Jurisprudência ainda divergem em relação ao tema ora tratado, considerando que a alteração na forma de contagem dos prazos processuais é recentíssima, não havendo tempo suficiente para a pacificação no âmbito dos Tribunais Superiores e nem tampouco para uma alteração legislativa que altere a Lei nº 9.099/95 colocando-a em sintonia com o Código de Processo Civil.

³BRASIL. *Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em 04 set. 2018.



dispositivos que remetem ao entendimento de que o CPC é norma de integração àquele Diploma Legal, como por exemplo, os artigos 3º, II, 48, 52 e 53.⁴

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015, no Art. 1.062⁵, dispõe expressamente sobre a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica aos juizados especiais cíveis.

Salienta-se que o art. 318, parágrafo único, do CPC⁶, estabelece que o procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução. Verbis: “Art. 318 [...]. Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.”

Não obstante, segundo noticiado pelo Portal Consultor Jurídico - CONJUR -, durante o XI Encontro de Juízes dos Juizados Especiais e Turmas Recursais realizado no dia 18 de março de 2016, a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça - então corregedora do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, manifestou entendimento no sentido de que o Código de Processo Civil, seja o novo ou o revogado, não se aplica aos juizados especiais cíveis, pois incompatível com os princípios da simplicidade, informalidade e oralidade.⁷

Em que pese o entendimento da eminente Ministra Nancy, há vozes na doutrina que defendem a aplicação suplementar do Código de Processo Civil em caso de omissão na Lei nº 9.099/95⁸ e naquilo que com ela não conflitar.

Nesse sentido, ensina Sérgio Niemeyer⁹, que a Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 foi concebida sem qualquer disposição sobre alguns recursos e sobre o critério de fluência e contagem de prazos. Acrescenta o nobre professor Niemeyer, que tal defectibilidade da lei especial resolve-se com a aplicação da lei geral (LINDB, artigo 2º, § 2º¹⁰), “*in casu*” a Lei nº 5.869/1973, o antigo Código de Processo Civil que se harmonizam segundo os preceitos da Lei de Introdução às Normas

⁴BRASIL. op. cit., nota 3.

⁵BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁶BRASIL. op. cit., nota 5.

⁷SOUZA, Giselle. *Regras do novo CPC não se aplicam aos juizados, defende Nancy Andrighi*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-mai-20/regras-cpc-nao-aplicam-aos-juizados-defende-nancy-andrighi>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁸Ibid.

⁹NIEMEYER, Sérgio. *O novo CPC aplica-se supletivamente à Lei dos Juizados Especiais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-23/sergio-niemeyer-cpc-aplica-supletivamente-lei-90991995>> Acesso em: 16 abr. 2018.

¹⁰BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-lei nº 4.657/1942¹¹), e, naturalmente, sob a orientação científico-doutrinária da hermenêutica jurídica a respeito dessa matéria.

Prossegue Niemayer salientando que, à guisa de conclusão, o novo CPC tem sim aplicação supletiva em relação à Lei nº 9.099/1995. E a aplicação supletiva não é meramente subsidiária, porquanto suplementar significa acrescer o que falta, de modo que as normas do CPC devem aplicar-se aos procedimentos disciplinados pela Lei nº 9.099/1995 sempre que esta não tenha disciplina própria existente naquele e com a qual não encete conflito frontal.¹²

No mesmo sentido é a lição do ilustre professor Rodolfo Hartmann¹³:

De acordo com o CPC, o procedimento a ser adotado nos juízos cíveis é o “comum”. Já no caso específico dos juizados, a Carta Magna prevê que seja observado um rito mais concentrado, nominado como “sumaríssimo”.

De qualquer maneira, é de se expressar que, nos processos que tramitam perante o Juizado Especial, apenas este rito poderá ser empregado, com exclusão de todos os demais, incluindo os especiais (v.g., procedimento monitorio). Somente na ausência de regra mais específica nestas leis regentes é que se poderá empregar de maneira subsidiária o rito comum (art. 318, parágrafo único).

A jurisprudência dos Tribunais da Federação, inclusive a do Superior Tribunal de Justiça - STJ, sempre admitiu a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil¹⁴ ao procedimento estabelecido pela Lei nº 9.099/95¹⁵, especialmente porque a Lei dos Juizados Especiais Cíveis é silente em vários aspectos processuais e não dispõe sobre a forma de contagem dos prazos processuais.

O Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE, no XXXVIII Encontro, realizado em Belo Horizonte, editou o enunciado nº 161¹⁶, em que consolida o entendimento no sentido de que o Código de Processo Civil somente se aplica aos Juizados Especiais Cíveis nos casos de expressa remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no Art. 2º, da Lei nº 9.099/95¹⁷. In verbis:

ENUNCIADO 161 - Considerado o princípio da especialidade, o CPC/2015 somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou

¹¹BRASIL, op. cit., nota 10.

¹²NIEMAYER, Sérgio. op. cit., nota 9.

¹³HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do novo processo civil* 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 799-800.

¹⁴Ibid.

¹⁵Ibid.

¹⁶ENUNCIADO FONAJE nº 161. Disponível em <www.amb.com.br/fonaje/?p=32> Acesso em: 02 out. 2018.

¹⁷Ibid



na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei 9.099/95 (XXXVIII Encontro – Belo Horizonte-MG).

O mesmo entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no enunciado nº 1.1, do Aviso TJRJ nº 23/2008, alterado pelo Aviso Conjunto TJ/COJES nº 15/2016¹⁸. In verbis: “Enunciado 1.1. Considerado o princípio da especialidade, o CPC/2015 somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei nº 9.099/95.”

Além disso, o TJRJ, no Aviso Conjunto TJ/COJES nº 16.2015¹⁹, editou diversos enunciados em que estabelece casos de aplicabilidade e de inaplicabilidade do CPC aos Juizados Especiais Cíveis. Entre eles, o enunciado nº 08.2016, que dispõe sobre a inaplicabilidade do Art. 219, caput, do CPC²⁰ ao sistema dos juizados especiais cíveis – que prevê a contagem de prazo em dobro -, e o enunciado nº 13.9.1, que prevê a possibilidade de aplicação do Art.523, §1º, do CPC²¹ aos Juizados.

Nesta senda, conclui-se que a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao sistema dos Juizados Especiais Cíveis não é irrestrita. Ao contrário, terá lugar apenas em caso de expressa disposição nesse sentido ou, caso não haja incompatibilidade com os princípios que orientam o procedimento sumaríssimo, previstos no Art. 2º, da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.

Estabelecida a premissa de que o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária à Lei nº 9.099/95²², ainda que de forma restrita, passa-se a análise da aplicação específica do Art. 219, do CPC, que dispõe sobre a contagem dos prazos processuais em dias úteis, aos Juizados Especiais Cíveis.

¹⁸AVISO CONJUNTO TJ/COJES Nº15/2016. Disponível em: <https://seguro.mprj.mp.br/documents/10227/16308916/aviso_conjunto_tj_cojes_n_15_de_2016.pdf>. Acesso em 16 out. 2018.

¹⁹AVISO CONJUNTO TJ/COJES Nº 15/2016. op.cit., nota 18.

²⁰Ibid.

²¹Ibid.

²²Ibid.



2- A HARMONIZAÇÃO ENTRE O ART. 219, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS – IMPACTO NA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO?

A aplicação do art. 219, do Código de Processo Civil²³, ao procedimento dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais é questão que esbarra em ampla divergência em doutrina e jurisprudência.

Aqueles que entendem pela inaplicabilidade fundamentam sua posição nos argumentos de que a contagem dos prazos processuais em dias úteis não é compatível com os princípios que orientam o sistema dos Juizados Especiais, especialmente o da celeridade, e que tal forma de contagem implicaria um retardo da marcha processual, indo de encontro ao princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB²⁴).

O Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE, no XXXIX encontro, realizado em Maceió/AL, aprovou o Enunciado Cível nº 165²⁵, o qual dispõe que todos os prazos nos Juizados Especiais serão contados de forma contínua.

O documento denominado CARTA DE MACEIÓ – XXXIX FONAJE²⁶, editado neste citado encontro entre magistrados dos Juizados Especiais do Brasil, reafirmou a:

[...] necessidade de preservação da autonomia e da independência do Sistema dos Juizados Especiais em relação a institutos e a procedimentos incompatíveis com os critérios informadores definidos no art. 2º da Lei 9.099/95, notadamente os previstos no Novo Código de Processo Civil; ressaltando-se que por suas peculiaridades, os Juizados Especiais, órgãos constitucionais (art. 98, inc. I, da CF/88), são vocacionados a contribuir positiva e decisivamente para a redução dos índices de congestionamento processual da Justiça Brasileira; [...]

Por outro lado, a tese contrária, que entende pela contagem em dias úteis, foi sustentada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados (Enunciado nº 45 - em agosto de 2015)²⁷, pelo Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (Enunciado nº 175 – em

²³BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 16 out. 2018.

²⁴BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁵ENUNCIADO FONAJE nº 165. Disponível em <www.amb.com.br/fonaje/?p=32> Acesso em: 02 out. 2018.

²⁶ATA DO XXXIX FONAJE – FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. *Autonomia dos Sistemas dos Juizados Especiais*. Maceió/AL – de 08 a 10 de junho de 2016. Disponível em: <www.amb.com.br/fonaje/?p=38>. Acesso em: 04 set. 2018.

²⁷ENFAM – Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados. Seminário – *O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018.



abril de 2016²⁸), pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis (Enunciado nº 415 – março de 2017²⁹), além da Turma de Uniformização do TJDF. Por fim, cumpre acrescentar que, mais recentemente, na I Jornada de Processo Civil do CJF – Conselho Nacional de Justiça -, ocorrida nos dias 24 e 25 de agosto de 2017³⁰, também foi aprovada a edição do Enunciado n. 19, pela aplicação da contagem em dias úteis para os Juizados Especiais Cíveis e Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Segundo os que entendem pela aplicabilidade do art. 219, do CPC³¹ aos Juizados Especiais Cíveis, não é a utilização da nova sistemática de contagem de prazos que afrontaria o princípio da celeridade, mas sim a própria morosidade do judiciário e o tempo em que os autos ficam esperando por providências cartorárias ou manifestações judiciais.

Em pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça³², concluiu-se que, em relação ao prazo total de processamento, o trâmite cartorário do feito é demasiadamente alto, configurando a porcentagem de 80 a 95 por cento do tempo integral de duração do processo. Veja-se:

O tempo em que o processo fica em cartório é grande em relação ao tempo total de processamento. Descontados os períodos em que os autos são levados ao juiz para alguma decisão ou retirados por advogados para vista e manifestação, eles ficam nos cartórios por um período equivalente a 80% (no cartório A) e 95% (nos cartórios B e C) do tempo total de processamento.

Outro argumento utilizado pelos defensores da corrente que adota a aplicabilidade do dispositivo é o direito à saúde e ao repouso semanal do operador do direito.

Sustenta que os profissionais que descansam mais possuem uma maior expectativa de vida. Segundo os que sustentam esse argumento, há indicadores que demonstram um acréscimo de vida de quatro a dez anos para aqueles que exercem esse hábito.

²⁸ENUNCIADOS Fonajef. Disponível em: <<https://www.ajufe.org.br/fonajef/enunciados-fonajef>>. Acesso em: 16 out. 2018.

²⁹ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Florianópolis, 24, 25, e 26 de março de 2017. Disponível em: <fpprocessualistascivis.blogspot.com>. Acesso em: 16 out. 2018.

³⁰JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – *Enunciados Aprovados*. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>. Acesso em: 16 out. 2018.

³¹Ibid.

³²MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – Secretaria de Reforma do Judiciário. Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento – PNUD. *Análise de Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/364096/mod_resource/content/0/Secretaria%20da%20Reforma%20do%20Poder%20Judiciário%20-%20Análise%20da%20Gestão%20e%20Funcionamento%20dos%20Cartórios%20Judiciais.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.

Não se olvide que o descanso do advogado ameniza o estresse natural que decorre da condução dos processos, trazendo-lhe benefícios para a saúde mental e física.

O repouso semanal é um direito fundamental do trabalhador. Embora na maioria das vezes o advogado não se submeta às regras estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT³³, por atuar de maneira autônoma, deve gozar do merecido descanso, aplicando-se por analogia às regras que se aplicam àqueles profissionais da advocacia que possuem vínculo empregatício.

Quanto à jurisprudência dos Tribunais da Federação, também há enorme divergência a respeito.

A título ilustrativo destaca-se o entendimento das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de que os prazos processuais no âmbito do microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, até deliberação em sentido contrário, serão contados em dias corridos, não sendo aplicável o artigo 219, do Código de Processo Civil³⁴. Neste sentido, convém transcrever a ementa do seguinte aresto:³⁵

Recorrente/Autor: GLAUBER BORGES SIMAS Recorridas/Rés: CCISA 11 INCORPORADORA S.A e CURY CONSTRUTORA E INCORPORADORA S/A VOTO
Trata-se de recurso da parte autora (fls. 854/864), sem preliminares, contra sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito, entendendo haver necessidade de perícia. [...]. Em face de todo o exposto, JULGO EXTINTO O FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, na forma do artigo 51, inciso II, da Lei nº 9.099/95. Até deliberação em contrário, os prazos em sede de Juizados Especiais Cíveis continuarão a ser contados em dias corridos, sendo inaplicável o artigo 219 do NCPC, nos termos do Aviso COJES 02/2016, publicado no DOERJ de 31.03.2016, p. 25. [...]

Convém transcrever o Enunciado 12.2016 do Aviso conjunto TJ/COJES 15/2016, que dispõe da seguinte forma: "Os prazos processuais em sede de Juizados Especiais Cíveis são contados em dias corridos, inaplicável o artigo 219 do Código de Processo Civil de 2015."³⁶

Não obstante, a fim de sepultar a enorme controvérsia existente a respeito do tema, tanto em doutrina quanto em jurisprudência, o que acarreta inegável insegurança jurídica, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei do Senado Federal nº 10.020/2018³⁷, que altera a Lei nº 9.099, de 26 de

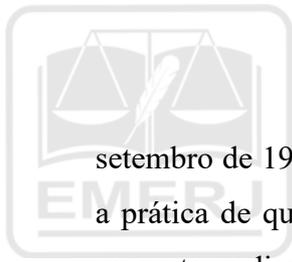
³³BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho – CLT*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em; 16 out. 2018.

³⁴Ibid.

³⁵BRASIL. Quarta Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Recurso Inominado nº 0017025-77.2018.8.19.0038. Relatora: Juíza de Direito Cristina Gomes Campos Seta. Disponível em: <www.4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=20187005642578>. Acesso em: 04 set. 2018.

³⁶Ibid.

³⁷BRASIL. *Projeto de Lei nº 10.020/2018 do Senado Federal*. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2171928>. Acesso em: 16 out. 2018.



setembro de 1995³⁸, acrescentando-lhe o art. 12-A, para estabelecer que na contagem de prazo para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, serão computados somente os dias úteis.

O projeto de lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados e aguarda a interposição de eventual recurso para, então, seguir para sanção pelo Presidente da República.

A perspectiva é de que, em breve, a Lei nº 9.099/95³⁹ contenha previsão legal expressa no sentido da aplicabilidade da forma de contagem dos prazos processuais estabelecida pelo artigo 219, do Código de Processo Civil.⁴⁰

Nesta esteira, os argumentos daqueles que entendem pela aplicabilidade da contagem do prazo em dias úteis também em sede de Juizado Especial Cível devem prevalecer, tendo em vista que o impacto da aplicação do art. 219, do CPC⁴¹ no atraso da marcha processual é ínfimo, não constituindo de forma alguma violação ao princípio da duração razoável do processo.

Ademais, ainda que se cogitasse da violação ao princípio da duração razoável do processo pela contagem em dias úteis dos prazos processuais, o que não é o caso, deve-se prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana concedendo ao advogado o descanso semanal a que tem direito.

3 - O REAL MOTIVO DA MOROSIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS. ARTIGO 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL OU OUTROS FATORES?

Como já salientado linhas acima, o principal argumento daqueles que defendem a inaplicabilidade do art. 219, do Código de Processo Civil⁴², é o de que a contagem dos prazos processuais apenas em dias úteis ensejaria um retardo na marcha processual causando indesejada morosidade, o que iria de encontro aos princípios norteadores do sistema, previstos no art. 2º, da Lei

³⁸Ibid.

³⁹Ibid.

⁴⁰De fato, antes da publicação deste artigo científico, foi sancionada pelo Presidente da República Michel Temer a Lei nº 13.728, de 31 de outubro de 2018, publicada no Diário Oficial da União do dia 1º de novembro de 2018, que inseriu na Lei nº 9.099/95 o art. 12-A que, por sua vez, dispõe que na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, para a prática de qualquer ato processual, inclusive para interposição de recursos, computar-se-ão somente os dias úteis.

⁴¹Ibid.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 5.



nº 9.099/95⁴³ e ao princípio constitucional da duração razoável do processo, disposto no art. 5º, LXXVIII, da CRFB⁴⁴.

Contudo, não há como atribuir a morosidade do trâmite processual perante os Juizados Especiais Cíveis Estaduais à contagem de prazos processuais apenas em dias úteis, uma vez que a dilação processual causada pela aplicação do art. 219, do CPC⁴⁵ é ínfima.

Por outro lado, não é desconhecido que a facilitação do acesso à justiça proporcionada pelos Juizados Especiais Cíveis Estaduais fez com que a distribuição de demandas crescesse de forma avassaladora e desproporcional ao número de servidores existentes. Tal fato, sem sombra de dúvidas, é um fator que contribui inegavelmente para a demora na prestação jurisdicional.

Conforme dado divulgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴⁶, nos últimos 12 (doze) meses foram distribuídas nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais o impressionante nº de 301.478 (trezentos e uma mil quatrocentos e setenta e oito) ações. E este número corresponde apenas a ações relacionadas às empresas fornecedoras de produtos e serviços no mercado de consumo.

Os prazos processuais no sistema dos Juizados Especiais cíveis são reduzidos, de modo que não é este o motivo real para a demora na prestação jurisdicional, seja pela forma de contagem em dias úteis ou corridos.

De outro turno, os prazos do cartório, do juiz e de outros membros da burocracia estatal não são contabilizados. O tempo que o processo permanece paralisado sem que nele se pratique atos imprescindíveis ao seu desenvolvimento passou a ser chamado de “tempo morto”, conforme nos ensina Gisele Mascarelli Salgado⁴⁷:

[...] em linhas gerais pode-se dizer que o tempo morto no processo judiciário é o tempo em que o processo judiciário está em andamento, sem estar correndo o prazo dos atos processuais. O tempo morto é aquele em que não há efetivamente atos processuais que levem ao fim do processo, garantindo a paz social com a resolução dos conflitos. No período que denominamos tempo morto o processo judiciário está na mão da burocracia estatal judiciária, para que esse volte novamente a ser movimentado pelas partes ou terceiros. É esse tempo que não é computado nos prazos processuais, porém que afetam consideravelmente a duração do processo como um todo. Não há como medir o quantum de

⁴³BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁵Ibid.

⁴⁶PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – PJERJ. *Top 30 maiores litigantes*. Disponível em: <www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/> Acesso em: 18 set. 2018.

⁴⁷SALGADO, Gisele Mascarelli. *Tempo morto no processo judicial brasileiro*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3837/Tempo-morto-no-processo-judicial-brasileiro>>. Acesso em: 17 set. 2018.



tempo é necessário para que um processo judiciário termine, no momento em que se faz um pedido de tutela jurisdicional.[...].

Em estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2013⁴⁸, concluiu-se que o tempo de processamento de ações com resolução de mérito em trâmite perante os Juizados Especiais Cíveis demonstra a falta de efetividade destes como mecanismos de celeridade e garantia dos direitos. O tempo médio entre a apresentação da petição inicial e o encerramento do processo chega a 1.869 dias no Estado do Ceará, 1.365 dias no Amapá, e 1.296 dias no Rio de Janeiro.

Nesta perspectiva, verificamos que o maior causador do atraso na marcha processual é o tempo ocioso em que o processo permanece em cartório aguardando a prática de atos que dependem dos próprios servidores do Poder Judiciário.

Oportuno destacar as lições do professor Rogério Licastro Torres de Mello a respeito da controvérsia ora analisada⁴⁹:

[...] de fato, não é razoável ponderar que contar apenas dias úteis para fins de cumprimento de prazos no âmbito da Lei 9.099/95 tornaria o rito desta moroso, ou ainda mais moroso (pragmaticamente falando). É de domínio público que as ações judiciais que tramitam nos juizados especiais cíveis Brasil afora exigem meses e anos para que atinjam sua conclusão, meses e anos estes que não deixarão de ser, com o perdão pela repetição, meses e anos porque alguns poucos dias não úteis foram excluídos do cômputo de prazos! [...]

O Professor Daniel Amorim Assumpção Neves⁵⁰, por sua vez, também ressalta que a culpa pela demora do processo não é dos prazos, salientando que “a culpa na realidade é do tempo morto, ou seja, o tempo de espera entre os atos processuais, principal culpado pela morosidade procedimental”.

Não há como sustentar que a contagem dos prazos processuais em dias úteis seja o responsável pelo atraso no trâmite processual perante os Juizados Especiais Cíveis.

O próprio Código de Processo Civil consagra em seu art. 4º o princípio da solução integral do mérito em prazo razoável, que decorre diretamente do princípio constitucional da duração

⁴⁸IPEA. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em: <ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013_diagnostico_sobre_juizados.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁴⁹MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Contagem de prazos nos juizados especiais deve obedecer regra do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-31/contagem-prazos-juizados-especiais-obedecer-cpc>> Acesso em: 18 set. 2018.

⁵⁰NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* – volume único. 8 ed. Salvador: ed. JusPodivm, 2016. p. 359.



razoável do processo.⁵¹ *In verbis*: “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Sendo assim, se a intenção do CPC⁵² é de prestigiar a celeridade processual, não se há falar que a norma do art. 219, do CPC está em desacordo com os vetores que orientam o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis que, por sua vez, têm o mesmo objetivo.

CONCLUSÃO

Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial existente acerca da aplicabilidade ou inaplicabilidade do art. 219, do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, a pesquisa ora apresentada concluiu, em princípio, que o CPC tem aplicação subsidiária à Lei nº 9.099/95 naquilo que expressamente a Lei nº 13.105/15 dispuser, e naquilo que não conflitar com os princípios orientadores dos Juizados, quais sejam, a oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual, previstos no art. 2º, da Lei nº 9.099/95.

Demonstrou-se que, embora parte da doutrina e da jurisprudência entendam que a contagem dos prazos processuais apenas em dias úteis nos Juizados Especiais Cíveis implicaria em atraso na marcha processual, o maior “inimigo” do princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CRFB, e dos princípios que orientam os Juizados Especiais Cíveis, é o tempo ocioso dos processos em cartório, que chegam a levar mais de 1.000 dias para que a tutela jurisdicional seja efetivamente prestada.

Além de a contagem dos prazos processuais na forma do art. 219, do CPC, não ter qualquer relação íntima com a demora dos processos, porquanto sua aplicação importe em ínfima dilação dos prazos, a nova regra é salutar para que os advogados e demais operadores do direito gozem do merecido descanso nos finais de semana.

A aplicação do art. 219, do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Cíveis é entendimento que está em absoluta consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana daqueles que atuam em processos submetidos ao procedimento especial da Lei nº 9.099/95.

⁵¹BRASIL. op. cit., nota 5.

⁵²Ibid.



Tanto é verdade, que o Poder Legislativo Federal vota atualmente a aprovação do Projeto de Lei do Senado Federal nº 10.020/2018, que altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, acrescentando-lhe o art. 12-A, para estabelecer que na contagem de prazo para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, serão computados somente os dias úteis. (publicada em 1º, de novembro de 2018, antes do fechamento deste artigo científico, a Lei nº 13.728/2018, que inseriu na Lei nº 9.099/95 o artigo 12-A, estabelecendo a contagem dos prazos processuais estabelecidos em dias, somente em dias úteis, sepultando a divergência tratada neste trabalho).

Nesta esteira, a pesquisa concluiu que o art. 219, do Código de Processo Civil não tem o condão de ensejar a morosidade dos processos no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, uma vez que a demora na prestação da tutela jurisdicional deve ser atribuída à própria deficiência do Poder Judiciário em prestar uma solução aos casos de forma rápida e eficaz. Assim, é perfeitamente aplicável ao rito especial da Lei nº 9.099/95 a contagem dos prazos de natureza processual apenas em dias úteis.

REFERÊNCIAS

ATA DO XXXIX FONAJE – FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. *Autonomia dos Sistemas dos Juizados Especiais*. Maceió/AL – de 08 a 10 de junho de 2016. Disponível em: <www.amb.com.br/fonaje/?p=38>. Acesso em: 04 set. 2018.

AVISO CONJUNTO TJ/COJES Nº15/2016. Disponível em: <https://seguro.mprj.mp.br/documents/10227/16308916/aviso_conjunto_tj_cojes_n_15_de_2016.pdf>. Acesso em 16 out. 2018.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em; 16 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.



_____. *Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.* Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em 04 set. 2018.

_____. *Lei nº 13.728, de 31 de outubro de 2018.* Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13728.html. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL, Quarta Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Recurso Inominado nº 0017025-77.2018.8.19.0038. Relatora: Juíza de Direito Cristina Gomes Campos Seta. Disponível em: www.4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=20187005642578. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 10.020/2018 do Senado Federal.* Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2171928. Acesso em: 16 out. 2018.

ENFAM – Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados. Seminário – *O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil.* Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Florianópolis, 24, 25, e 26 de março de 2017. Disponível em: fpprocessualistascivis.blogspot.com. Acesso em: 16 out. 2018.

ENUNCIADO FONAJE nº 161. Disponível em www.amb.com.br/fonaje/?p=32 Acesso em: 02 out. 2018.

ENUNCIADO FONAJE nº 165 . Disponível em www.amb.com.br/fonaje/?p=32 Acesso em: 02 out. 2018.

ENUNCIADOS Fonajef. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/fonajef/enunciados-fonajef>. Acesso em: 16 out. 2018.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do novo processo civil* 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 799-800.

IPEA. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis.* Disponível em: ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013_diagnostico_sobre_juizados.pdf. Acesso em: 16 out. 2018.

JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – *Enunciados Aprovados.* Disponível em: www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil. Acesso em: 16 out. 2018.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Contagem de prazos nos juizados especiais deve obedecer regra do novo CPC.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-31/contagem-prazos-juizados-especiais-obedecer-cpc> Acesso em: 18 set. 2018.



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – Secretaria de Reforma do Judiciário. Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento – PNUD. *Análise de Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/364096/mod_resource/content/0/Secretaria%20da%20Reforma%20do%20Poder%20Judiciário%20-%20Análise%20da%20Gestão%20e%20Funcionamento%20dos%20Cartórios%20Judiciais.pdf. Acesso em: 04 set. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. volume único. 8 ed.- Salvador: JusPodivm, 2016.

NIEMEYER, Sérgio. *O novo CPC aplica-se supletivamente à Lei dos Juizados Especiais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-23/sergio-niemeyer-cpc-aplica-supletivamente-lei-90991995> Acesso em: 16 abr. 2018.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – PJERJ. *Top 30 maiores litigantes*. Disponível em: www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/ Acesso em: 18 set. 2018.

SALGADO, Gisele Mascarelli. *Tempo morto no processo judicial brasileiro*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3837/Tempo-morto-no-processo-judicial-brasileiro>. Acesso em: 17 set. 2018.

SOUZA, Giselle. *Regras do novo CPC não se aplicam aos juizados, defende Nancy Andrighi*. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-mai-20/regras-cpc-nao-aplicam-aos-juizados-defende-nancy-andrighi. Acesso em: 16 set. 2018.

O DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS ESTADOS NA GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS TRANSFRONTEIRIÇOS

Márcio Matos Martins

Graduado pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Servidor Público.

Resumo – O presente artigo científico busca analisar o dever de fiscalização dos Estados na gestão de recursos hídricos transfronteiriços. A problemática da soberania permanente e gestão compartilhada desses recursos fluidos será analisada sob o paradigma de casos concretos. Assim, debateremos o engessamento do sistema jurídico quando o assunto é a gestão compartilhada de recursos hídricos transfronteiriços. Será possível compreender o significado de soberania permanente à luz da gestão compartilhada de recursos hídricos e mostrar a importância na administração da água e o seu caráter fundamental para que seja alcançada a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave – Direito Ambiental. Responsabilidade Civil. Soberania Permanente. Gestão Compartilhada.

Sumário – Introdução. 1. Soberania permanente e gestão compartilhada: curso de água transfronteiriço como recurso natural partilhado. 2. Caso Papeleiras na Corte Internacional de Justiça: descumprimento do Estatuto do Rio Uruguai e impactos na Argentina. 3. Responsabilidade dos Estados fronteiriços na fiscalização de recursos hídricos partilhados: uma análise do caso Samarco. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca analisar o dever de fiscalização dos Estados na gestão de recursos hídricos transfronteiriços. Busca-se debater a problemática da soberania permanente e gestão compartilhada desses recursos fluidos de forma a permitir um manejo sustentável e altruísta.

Para tanto serão analisados dois casos paradigmáticos, um no plano internacional – julgamento pela Corte Internacional de Justiça da instalação de *papeleiras* no rio Uruguai - e outro no plano nacional – desastre ambiental de Mariana/MG. Tais casos representam o engessamento do sistema jurídico quando o assunto é a gestão compartilhada de recursos hídricos transfronteiriços. Assim, será possível debater o significado de soberania permanente à luz da gestão compartilhada de recursos hídricos.

O primeiro capítulo irá debater a ideia de soberania permanente discutindo a necessidade de limitar o poder dos Estados sobre os recursos hídricos que passam em seus



territórios. Afastando a ideia antropocentrismo na gestão de recursos naturais compartilhados, para uma perspectiva de gestão altruísta e compartilhada desses recursos.

No segundo capítulo, por sua vez, será usado como exemplo o caso julgado na Corte Internacional de Justiça entre Argentina e Uruguai que discutia a possibilidade de instalação de fábricas de papéis no curso do rio Uruguai. Nesse sentido, pretende-se analisar a atitude da Argentina em provocar a Corte Internacional de Justiça para intervir na gestão do rio Uruguai.

Por fim, o terceiro capítulo trará ao debate o maior desastre ambiental do Brasil ocorrido pelo rompimento de barragem de uma mineradora em Minas Gerais que afetou a qualidade de vida de diversos municípios mineiros chegando ao Estado do Espírito Santo. Com isso, sustentaremos a possibilidade de Estados que partilham cursos de rios realizem fiscalização em território vizinho.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, consistindo na construção de conjecturas baseada nas hipóteses apresentadas, as quais serão submetidas à análise crítica e confronto fático, para verificar quais hipóteses que persistem como válidas.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente por estudo de caso e explicativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de exemplo internacional para 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. SOBERANIA PERMANENTE E GESTÃO COMPARTILHADA: CURSO DE ÁGUA TRANSFRONTEIRIÇO COMO RECURSO NATURAL PARTILHADO

A soberania territorial é, em geral, uma situação reconhecida e delimitada no espaço, ou pelas fronteiras naturais como reconhecidas pelo Direito Internacional ou por outros sinais de delimitação que não sejam objeto de disputa, como, também, compromissos legais celebrados por vizinhos interessados, tais como convenções fronteiriças ou atos de reconhecimento dos Estados, ficando as fronteiras.

Por diversas vezes, a soberania de um Estado pode ser oposta à de seu vizinho e, assim, é necessário conciliá-las para evitar o conflito. A soberania permanente reconhece aos Estados a prerrogativa do Estado de exercer, a qualquer tempo, a controle jurídico, político e institucional sobre os recursos naturais encontrados em seu território. Contudo, isso não pode ser confundido com uma soberania permanente ilimitada uma vez que no plano externo o



Estado que é contemplado por ter um recurso hídrico transfronteiriço possui a responsabilidade de manter um nível aceitável de qualidade e quantidade das águas para os demais países com os quais a compartilha, além de não praticar ações ou atividades que causem danos aos seus vizinhos¹.

A Conferência de Estocolmo de 1972 e a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - Declaração Rio/92 se posicionaram frente à esse impasse dos Estados soberanos fronteiriços de recursos hídricos.

O Princípio 21 da Declaração de Estocolmo de 1972², declara que os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, desde que não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas foram de sua jurisdição. Esse princípio abrange tanto a poluição transfronteiriça como os danos causados ao meio ambiente de outros Estados e daquelas regiões sem jurisdição nacional³.

Já o Princípio 24⁴ da mesma declaração prioriza a cooperação entre os Estados soberanos para prevenir, reduzir e eliminar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera, possam ter para o meio ambiente, mediante acordos multilaterais ou bilaterais, ou por outros meios apropriados, respeitados a soberania e os interesses de todos os estados.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na Declaração Rio/92⁵, o Princípio 2 afirma que o Estado soberano tem direito de explorar seus recursos, desde que assegurem a ausência de dano ao meio ambiente de outros Estados. Já o o Princípio 7 indica que os Estados deverão cooperar para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre, pois os Estados têm responsabilidades comuns.

A aplicação da cooperação internacional nas questões ambientais ainda hoje gera visões distintas. Para Michael Bothe⁶, na Declaração Rio/92, diferentemente da Declaração de

¹ ALMEIDA, Bruno Rodrigues de; CASTRO, Emília L. de F.; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Recursos Hídricos Transfronteiriços no Mercosul: Sustentabilidade, Gestão Compartilhada e Cooperação Internacional. *Revista de La Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, ano 3, n. 5, p.377, mar. 2015.

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo de 1972*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito dos Cursos de Água Internacionais: elaboração da Convenção sobre Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diversos dos de Navegação - Nações Unidas/1997*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, op. cit., nota 2.

⁵ Id. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

⁶ BOTHE apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito dos Cursos de Água Internacionais: elaboração da Convenção sobre Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diversos dos de Navegação - Nações Unidas/1997*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54.



1972, a obrigação de cooperação não está submetida à reserva da soberania. A obrigação de cooperação constitui, em certo modo, uma limitação da soberania territorial.

Já para Mário Flores⁷, “é hora de pensar a relação responsável entre a lógica da soberania construída pelo homem e a doação divina da natureza à humanidade”. Não se trata de questionar o exercício rotineiro da soberania, mas de criar por consenso metas de interesse global exigentes de condutas nacionais sensatas, cuja operacionalidade responsável caberia integralmente às soberanias nacionais protegidas do direito de interferência.

A natureza jurídica dos regimes dos rios internacionais é tema controverso na doutrina. O alemão Berber⁸, citado por Celso Albuquerque Mello, traz alguns posicionamentos. O primeiro afirma que o Estado tem soberania absoluta sobre o trecho que se encontra no seu território. Assim, o Estado poderia fazer obras no rio mesmo que isso acarretasse prejuízo à outro Estado ribeirinho. A esse sistema se chamou “Doutrina Harmon”⁹ que deriva de uma disputa entre México e Estados Unidos sobre a utilização das águas do Rio Grande¹⁰. O segundo é o “princípio da absoluta integridade territorial”. O Estado ribeirinho pode exigir que o rio siga seu curso natural. O Estado que ficar mais acima do curso do rio deve deixá-lo seguir seu curso. Esse sistema beneficia o Estado que fica mais abaixo do rio pois não haverá outro para exigir que o curso do rio seja o natural.

Sabendo da dificuldade em gerir recursos que estão alocados em mais de um Estado soberano, a Resolução nº 3.129/1973 da Assembleia Geral das Nações Unidas¹¹ considera que é necessário assegurar uma cooperação eficaz entre os países através do estabelecimento de normas internacionais adequadas para a conservação e a exploração harmoniosa dos recursos naturais comuns a dois ou mais estados, no contexto das relações normais existentes entre elas.

Quanto aos Estados que compartilham recursos hídricos, a soberania permanente é relativizada e abre espaço para a ideia da soberania compartilhada na qual os Estados devem

⁷ FLORES, Mário Carlos. *Novos matizes da (in)segurança*. O Estado de São Paulo, Caderno A2, 24/10/2007.

⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1125-1126.

⁹ MACHADO, op. cit., p.116.

¹⁰ Esse rio nasce no estado do Colorado/EUA, atravessa o Estado do Novo México e, depois, forma fronteira entre o estado do Texas e o México. Os fazendeiros do Novo México e do Colorado faziam desvios de parte das águas do rio, o que reduziu o abastecimento para a região da Ciudad Juarez, no México. O embaixador do México nos Estados Unidos pediu um parecer ao Procurador-Geral dos Estados Unidos (Judson Harmon) que seguiu a linha de soberania absoluta e exclusiva. A Doutrina Harmon não foi seguida pelos Estados Unidos, como exemplo temos a Convenção de 1906 sobre o Rio Grande que encerrou o impasse naquela região estabelecendo a repartição equitativa das águas do Rio Grande.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 3.129, 13 de dezembro de 1973. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3129\(XXVIII\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3129(XXVIII)&Lang=E&Area=RESOLUTION)>. Acesso em: 30 mar. 2018.

adotar políticas estratégicas capazes de gerir os recursos de maneira integrada a fim de alcançar o uso equitativo e razoável das águas.

Diferente é a noção de Governança dos Recursos Hídricos que não é apenas um instrumento de política, mas é um processo político de gestão dos recursos hídricos. Este é um processo político em que diversos atores debatem e tentam acordar os objetivos a serem perseguidos, os valores e princípios, e os instrumentos utilizados para a gestão dos recursos hídricos. O modo como estas questões são tratadas e discutidas, e a forma de tomada de decisões, é que configuram o processo de governança da água. Assim, quem participa, como participa e como são tomadas as decisões é o que realmente configura a governança.¹² O processo de governança ou, para ser preciso, a governança democrática, é um processo político caracterizado pelo confronto de projetos políticos rivais fundamentados em diferentes valores e princípios.¹³ A Governança refere-se ao conjunto de mecanismos e procedimento para lidar com a dimensão participativa e plural da sociedade, o que implica em expandir e aperfeiçoar os meios de interlocução e de administração do jogo de interesses.

O tema da governança das águas se fundamenta em três pilares, como elucida Pillar Carolina Villar¹⁴, o primeiro representado pelas organizações internacionais intergovernamentais; o segundo baseado no direito internacional do meio ambiente e das águas doces e seu calidoscópico de instrumentos de graus normativos distintos provenientes dos vários atores internacionais; já o terceiro pilar é representado pelos mecanismos de financiamento que fornecem os recursos econômicos necessários para avançar com as políticas ambientais internacionais.

Com esses pilares de governança o que se busca é o estímulo da cooperação entre Estados de sorte de consiga compatibilizar sistemas políticos, legais, econômicos e administrativos disponíveis para a gestão dos recursos hídricos.

A governança da água se refere ao arcabouço institucional através do qual se define e identifica as metas de gestão a serem perseguidas. Já a gestão dos recursos hídricos trata dos mecanismos e medidas práticas que se utiliza para alcançar metas traçadas garantindo melhores

¹² SANT'ANNA, Fernanda Mello. Governança global dos recursos hídricos transfronteiriços: o papel da cooperação internacional e da cooperação transfronteiriça. In: 3º ENCONTRO NACIONAL ABRI 2011, 3., 2011, São Paulo. *Anais eletrônicos...Associação Brasileira de Relações Internacionais, Instituto de Relações Internacionais* - USP, Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000122011000200009&lng=pt&nrm=abn>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹³ CASTRO, J. E. Water Governance in the twentieth-first century. *Ambiente e Sociedade*. Campinas: v. 10, n. 2, 2007, p. 97-118.

¹⁴ VILLAR, Pillar Carolina. "A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani". [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 179.



resultados. Assim, a governança da água estabelece a estrutura para decidir quais serão as atividades de gestão dos recursos hídricos que serão implementadas¹⁵.

Como aponta Philippe Kourilsky¹⁶, a moralidade é construída pela associação de altruísmo com o direito de liberdade. A liberdade não pode ser encarada como independente de deveres, pois com a globalização do mundo as relações tornaram-se interdependentes entre si. Por isso, é necessário agregar à liberdade o empenho pelo outro, observando as necessidades, direitos e deveres na ordem global.

Diante disso a governança de recursos hídricos transfronteiriços deve ser altruísta de sorte que a soberania dos Estados não acarrete danos aos seus pares. Agrega-se à soberania dos Estados o dever de altruísmo – ou “altruidade” trazido por Arthur Virmond de Lacerda Neto¹⁷ - para que se possa racionalizar e afastar o antropocentrismo nas relações com recursos naturais partilhados.

2. CASO PAPELEIRAS NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: DESCUMPRIMENTO DO ESTATUTO DO RIO URUGUAI E IMPACTOS NA ARGENTINA

A crise das *papeleiras* é um dos maiores exemplos na seara internacional de crise diplomática na gestão de recursos hídricos transfronteiriços. A empresa espanhola ENCE S.A. e a finlandesa Oy Metsa-Botnia Ab (Botnia) tiveram permissão do Uruguai para iniciar a construção de dois projetos de fábricas de papel e celulose.

Essas usinas seriam construídas às margens do rio Uruguai, cujas águas são geridas conjuntamente por Argentina e Uruguai, no âmbito da Comissão Administradora do Rio Uruguai (CARU), nos termos do Estatuto do Rio Uruguai firmado em 1975¹⁸.

Segundo a Argentina, o governo uruguaio não seguiu o procedimento previsto pelo Estatuto do Rio Uruguai de 1975, a saber, estabelecer comunicação prévia acerca da realização

¹⁵ ALMEIDA; CASTRO; RIBEIRO, op. cit., p. 380.

¹⁶ KOURISLSKY, Philippe. *Le Manifeste de l'altruisme*. Odile Jacob: French: 2011.

¹⁷ NETO, Arthur Virmond de Lacerda. *O manifesto do altruísmo*. Iusgentium, v.11, n.6, p.203-209 – jan / jun – 2015. Disponível em: < <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/viewFile/182/pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

¹⁸ ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. *O caso das papeleiras*. *Latin American Case Library on Law and Public Policy*. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.



e eventuais obras que possam prejudicar a navegação, o regime ou a qualidade da água. Isso seria uma exigência prevista no artigo 7º do Estatuto do Rio Uruguai¹⁹.

Em razão da atitude uruguaia e da suposta contaminação ambiental, grupos de cidadãos argentinos, com o apoio de movimentos ambientalistas e do governador da província de Entre Ríos passaram a bloquear, com frequência, o acesso às pontes internacionais que interligam as cidades de Fray Bentos e Colón, no Uruguai; e Gualeguaychú e Paysandú, na Argentina²⁰. As intermitentes obstruções ao tráfego acabaram por prejudicar e impedir a entrada de turistas argentinos no Uruguai, principalmente durante o verão, época em que o país recebe o maior número de visitantes²¹.

Em que pese os argumentos de ambas as partes para solucionar o conflito, a demora em encontrar um ponto de encontro nas negociações prejudicou ambos os países, uma vez que setores da economia sofreram grandes impactos econômicos com os bloqueios. Essas atitudes acirram os ânimos e violam os pactos de livre comércio, conforme prevê o artigo 1º do Tratado de Assunção.

Após tentativas de resolver o conflito de forma diplomática, o governo uruguaio denunciou a obstrução à livre circulação de mercadorias, como violação ao Tratado de Assunção e ao Protocolo de Montevideu sobre Comércio de Serviços.

Em 2006, o governo uruguaio solicitou a instalação de um Tribunal Arbitral Ad Hoc sob a ingerência do Mercosul, nos termos do Protocolo de Olivos. O objetivo era impedir as obstruções realizadas pelos grupos argentinos. O Tribunal acolheu parcialmente a pretensão uruguaia no sentido de que a Argentina foi omissa e não respeitou a livre circulação de bens e serviços entre os territórios do Mercosul, na forma do Tratado de Assunção.

Paralelamente, o governo argentino acionou o Uruguai perante a Corte Internacional de Justiça – C.I.J. -, alegando violação de suas obrigações decorrentes do Estatuto do Rio Uruguai.

As teses invocadas por ambos os países para legitimar suas resistências violam o compromisso assumido no âmbito do MERCOSUL de eliminar as medidas que possam afetar o comércio de serviços.

¹⁹ ARGENTINA e URUGUAI. *Estatuto do Rio Uruguai*, 19 de novembro de 1973. Disponível em: < <http://www.online.com.uy/plantas/doc/estatuto.htm> >. Acesso em: 29 mar. 2018.

²⁰ LA VOZ. *Entre Ríos con un solo paso habilitado hacia el Uruguay*. Disponível em: < http://www.lavoz901.com.ar/despachos.asp?cod_des=104301&ID_Seccion=70 >. Acesso em: 30 mar. 2018.

²¹ JORNAL UNO ENTRE RIOS. *Congestión en el paso fronterizo de Gualeguaychú por aluvión de turistas*. Disponível em: < <https://www.unoentrierios.com.ar/la-provincia/congestion-el-paso-fronterizo-gualeguaychu-aluvion-turistas-n1531097.html> >. Acesso em: 30 mar. 2018.



A sentença foi proferida em 20/04/2010 e a Corte decidiu, por 13 votos contra 1, que o Uruguai havia violado os artigos 7º a 12 do Estatuto do Rio Uruguai ao não informar à Comissão Administradora do Rio Uruguai (CARU) sobre as obras que planejou ao longo do Rio Uruguai²². Esses artigos determinam que a parte que fizer alterações significativas que alterem o regime do rio devem comunicar à CARU que analisará o projeto. Além disso, notificará a parte prejudicada – no caso, a Argentina – para poder impugnar o projeto.

Ademais, as manifestações da população argentina não foram legítimas, pois o direito à liberdade de expressão e reunião, previsto na Constituição Argentina, é relativo e, portanto, seu exercício está limitado, na medida em que afetar os direitos subjetivos de outros indivíduos.

Ainda que se argumentasse que tais bloqueios teriam sido autorizados pelos governos provinciais, seriam eles considerados atos do Estado e, portanto, imputáveis do Governo Argentino.

Ainda que houvesse norma de direito interno autorizativa, o Governo Argentino não poderia de deixar de cumprir os compromissos internacionais invocando normas de seu direito interno, na forma do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Como se pode ver, o dever de notificação prestigia o princípio da prevenção que restou violado pelo Uruguai quando deixou de levar o caso ao CARU. Para Philippe Sands²³, o princípio da prevenção obriga o Estado a diligenciar mecanismos para prevenir danos ambientais dentro de seu território.

Diante disso, com essa decisão a CIJ mostrou aos Estados soberanos que todos os envolvidos na gestão dos recursos partilhados têm o dever de cooperar para utilização adequada e sustentável do rio. Assim, naquela ideia de gestão compartilhada altruísta, os Estados devem estar atentos aos prejuízos causados nos Estados vizinhos quando forem autorizar medidas prejudiciais a eles.

Em que pese as fábricas de celulose estarem instaladas no território do Uruguai, os países haviam feito um acordo internacional para criar um mecanismo conjunto de gestão do rio. A construção de indústrias com consequências danosas a outros países é uma violação aos princípios basilares do direito ambiental, internacional e dos direitos humanos.

²² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/en/case/135/judgments>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

²³ SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 246.



Os Estados soberanos que compartilham recursos hídricos necessitam de um equilíbrio na exploração dos seus recursos, uma vez que os danos afetarão toda a sua fauna, flora e vida humana.

Para Gunther Handl²⁴, a cooperação entre Estados soberanos a fim de evitar o dano ambiental transfronteiriços é parte do direito consuetudinário internacional. Os Estados devem exercer que ele chama de “princípio da boa vizinhança”, ou seja, devem cooperar para prevenir danos ambientais transfronteiriços.

3. REPONSABILIDADE DOS ESTADOS FRONTEIRIÇOS NA FISCALIZAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS PARTILHADOS: UMA ANÁLISE DO CASO SAMARCO

De acordo com o Glossário da Defesa Civil Nacional²⁵, “desastre” significa um resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema, causando danos humanos, materiais e/ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais. Segundo o relatório técnico preliminar elaborado pelo IBAMA²⁶, o desastre ocorrido na cidade de Mariana é classificado como Desastre de Nível IV, ou seja, “*desastre de muito grande porte*”, conforme a classificação da Defesa Civil.

A mineradora Samarco S.A., responsável pela extração de minério de ferro na região, é controlada pela Vale do Rio Doce S.A. e a anglo-australiana BHP Billinton. A barragem que continha os rejeitos minerais continha 50 milhões de m³ de rejeitos da mineração de ferro, sendo que 34 milhões de m³ foram lançados ao meio ambiente atingindo Áreas de Preservação Permanente e causando a mortandade de organismos aquáticos²⁷.

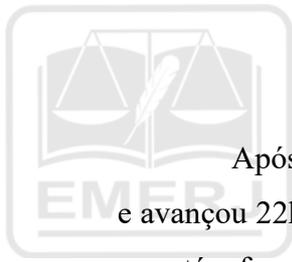
No dia 05 de novembro de 2015, a barragem para armazenamento de resíduos provenientes da mineração rompeu-se e um verdadeiro *tsunami* atingiu diversos distritos e cidades mineiras, atravessando os Estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro e Bahia.

²⁴ HANDL, Güther. *Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law*. Environmental protection and international law. I. Title. II London: Graham & Trotman/Martin Nijhoff, 1991.

²⁵ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO. *Glossário de Defesa Civil: Estudos de Riscos e Medicina de Desastres*. Disponível em: <<http://www.defesacivil.mg.gov.br/images/documentos/Defesa%20Civil/manuais/GLOSSARIO-Dicionario-Defesa-Civil.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

²⁶ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA. *Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais*. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

²⁷ Ibid.



Após percorrer o rio Gualaxo do Norte por 55km, a lama desaguou no rio do Carmo e avançou 22km até chegar no rio Doce. Depois de chegar ao rio Doce os rejeitos são levados por até a foz no Oceano Atlântico, no município de Linhares, no estado do Espírito Santos. A pluma de sedimentos foi sendo levada pela correnteza atingindo o norte do Estado do Rio de Janeiro e o sul do Estado da Bahia onde atingiu o Parque Nacional de Abrolhos, causando impacto na vida das tartarugas marinhas²⁸.

Os distritos de Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo foram os mais atingidos, sendo o aquele dizimado pelo impacto na lama. Os impactos ao ecossistema do Brasil são incalculáveis e apontam para uma necessária reviravolta na cooperação jurídica dos entes estatais envolvidos.

Os três principais órgãos estatais responsáveis pela análise dos recursos naturais elaboraram estudos técnicos para subsidiar o ajuizamento de ações civis públicas (ACP). Laudos técnicos do Ibama, do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) e da Agência Nacional de Águas (ANA) sobre os impactos decorrentes do rompimento da barragem de Fundão, da Samarco, em Mariana (MG), foram a base probatória para o ajuizamento das ACPs²⁹. Os principais pedidos são a indenização das famílias atingidas, bem como o pagamento de 20 bilhões de reais para recuperação da região.

Dentre as soluções para casos de crises nos recursos hídricos partilhados, o Relatório Mundial das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento dos Recursos Hídricos (World Water Development Report – WWDR) publicado em 2018³⁰ focou no método de gestão dos recursos naturais chamado: Soluções baseadas na Natureza (SbN). As SbN se estão inspiradas e respaldadas na natureza e a utilizam ou imitam os processos naturais para contribuir com a melhor gestão da água. As SbN apoiam uma economia circular, ou seja, restauradora para fomentar uma maior produtividade dos recursos e reduzir desperdícios evitando a contaminação. Essa ideia respalda os conceitos de infraestrutura verde que promovem o uso sustentável dos recursos naturais.

Não se deve esperar mudanças drásticas nas legislações internas dos Estados, pois estas possuem abordagens de infraestrutura cinza. Deve-se buscar implementar as soluções

²⁸ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. *Nota Técnica nº 23/2017 TAMAR-Vitoria-ES/ICMBio*. Disponível em: < http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/Rio_Doce/nota_tecnica_23_2017_Tamar_ICMBio_monitoramento_pluma.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

²⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Laudos do Ibama, ANA e ICMBio subsidiaram Ação Civil Pública contra Samarco. Disponível em: < http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=12878>. Acesso em: 30 mar. 2018.

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The United Nations World Water Development Report 2018*. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002614/261424e.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.



baseadas na natureza de forma mais eficiente por meio da legislação já existente. Isso já acontece na América do Sul. O Peru, por exemplo, adaptou um marco jurídico nacional para regular e monitorar a infraestrutura verde.

Há no âmbito internacional, a Convenção sobre a Proteção e Utilização dos Cursos de águas Transfronteiriços e dos Lados Internacionais (Convenio sobre a Água)³¹ que proporciona um marco jurídico que apoia a cooperação transfronteiriça na promoção das SbN. Em especial seu artigo 2, parágrafo 6º que prevê o dever de cooperação das partes ribeirinhas segundo princípios da igualdade e reciprocidade.

Outro instrumento interessante é o enfoque “desde a fonte até o mar” (S2S)³² que integra e respeita as interdependências entre a terra localizada rio acima e a gestão hídrica, com a qualidade rio abaixo. Os países que compartilham bacias hidrográficas dependem de uma grande colaboração internacional para consolidar o manejo conjunto que garante fluxo de água transfronteiriça a longo prazo. O S2S oferece uma abordagem para o gerenciamento de ameaças.

Ao implementar a gestão integrada dos recursos hídricos em todos os níveis, inclusive com a cooperação transfronteiriça, irá se atingir as seguintes Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS): conseguir acesso universal e equitativo da água potável segura e acessível a todos; melhorar a qualidade da água reduzindo a contaminação, eliminando as emissões de produtos químicos e materiais perigosos, bem como proteger e restabelecer os ecossistemas relacionados com a água³³.

Diante disso, é possível perceber que o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais deve ser cada vez mais restringido para que sejam utilizados a fim de atender o bem comum e o interesse da cooperação econômica global.

Nesse sentido, o rompimento da barragem de Fundão abriu fendas na estrutura político-administrativa do Brasil. Demonstrou que não houve uma fiscalização efetiva e nem a modernização dos métodos de extração mineral³⁴.

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Guía para la Implementación del Convenio sobre el Agua*. Disponível em: <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/publications/WAT_Guide_to_implementing_Convention/ecc_39_wat_39_spa.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

³² Id. *The United Nations World Water Development Report 2018*, p. 56. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002614/261424e.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

³³ Ibid. p. 70 e 127.

³⁴ Há três métodos clássicos de alteamento de uma barragem, os quais são classificados de acordo com a direção do movimento da crista da estrutura. O método de alteamento a montante é o mais antigo, simples e econômico método de construção de barragens, utilizado em grande parte das barragens encontradas no Brasil, incluindo a Barragem do Fundão.



Segundo Michael Davies, Todd Martin e Peter Lighthall³⁵, ao menos um rompimento de barragem de contenção de rejeitos minerais de grande proporção ocorre por ano no mundo. Este número é dez vezes superior ao do rompimento de barragens tradicionais, tidas como muito mais seguras.

No Brasil, houve 24 (vinte e quatro) rompimentos de barragens entre os anos de 1981 e 2015. No Estado de Minas Gerais, foram 8 (oito) os rompimentos de barragem ocorridos entre 1986 e 2015³⁶.

A falta de disciplina legal era um fator importante na ausência de fiscalização desses casos. No entanto, em 2010, foi aprovada a Lei nº 12.334³⁷, que instituiu a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB) e criou o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB). Esta lei atribuiu a competência para fiscalizar a segurança das barragens ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) para fins de disposição final ou temporária de rejeitos, em razão de ser esta Autarquia a responsável pela outorga dos direitos minerários no País. Tal competência, contudo, não exclui as ações fiscalizatórias dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama).

Com isso, a governança pública na gestão de recursos hídricos não é somente uma questão de aumento de eficácia e efetividade, mas também é a atuação do governo, por meio de políticas públicas, capazes de promover a justiça social assegurando à população a participação na gestão de recursos naturais.

Diante da gravidade do desastre, o TCU iniciou fiscalização sobre eventuais falhas ou irregularidades na atuação do DNPM que possam ter fomentado a ocorrência do desastre em Mariana/MG³⁸.

Na auditoria realizada pelo TCU verificou-se que apenas 35% das barragens classificadas como de alto risco em nível nacional foram fiscalizadas pelo DNPM no período de 2012 a 2015 e que 93% das fiscalizações realizadas no mesmo período foram feitas em estruturas de baixo risco. Além disso, o DNPM não possui mecanismos para aferir a qualidade

³⁵ DAVIES, Michael; MARTIN, Todd; LIGHTHALL, Peter. *Mine Tailings Dams: When Things Go Wrong*. In: *Tailings Dams 2000*. LasVegas, Nevada: Association of State Dam Safety Officials, U.S. Committee on Large Dams, p. 261-273.

³⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). *Encarte Especial sobre a Bacia do Rio Doce: rompimento da Barragem em Mariana/MG*. Brasília: Superintendência de Recursos Hídricos, 2016.

³⁷ BRASIL. *Lei nº 12.334, 20 de setembro de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

³⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Processo nº 032.034/2015-6*. Acórdão n. 2.440/2016. Relator: José Múcio Monteiro. Disponível em:<<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157587B1F4C0870&inline=1>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

das fiscalizações realizadas pelas superintendências, incluindo grau de padronização e de aderência aos manuais, às orientações e às diretrizes formuladas.

A questão da fiscalização, controle e prevenção das barragens era tão caótica que 59% das barragens de rejeitos de mineração do País não foram inspecionadas sequer uma única vez desde o advento da Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), conforme dados do TCU³⁹.

A gestão de controle após desastres não deve ser a preferência do administrador público. Ele deve agir na seara da prevenção, a fim de promover a governança dos recursos hídricos e proporcionar à população envolvida o melhor aproveitamento do desenvolvimento socioeconômico-ambiental. É possível verificar que das 48 (quarenta e oito) vistorias executadas pela Superintendência em 2015, 34 (trinta e quatro), ou seja, 71%, relacionaram-se às barragens pertencentes à empresa Samarco Mineração S.A. e foram realizadas somente após o acidente com a Barragem do Fundão, nos meses de novembro e dezembro.

No acórdão da auditoria realizada pelo TCU⁴⁰ foi constatada a precariedade na gestão de informações sobre a segurança das barragens e que a atuação do DNPM foi falha e omissa no seu dever de monitorar e acompanhar as ações empregadas pelos responsáveis pela barragem.

Nessa perspectiva, a situação ocorrida em Mariana/MG demonstra a ineficácia do modelo de fiscalização e governança dos recursos hídricos, principalmente aqueles transfronteiriços que visam evitar a propagação do dano⁴¹.

Isso evidencia que a governança hídrica, junto com mecanismos de infraestrutura verde e soluções baseadas na natureza (SbN) devem ser cada vez mais fomentadas pelos Estados que partilham recursos hídricos. Não há tempo para esperar o amadurecimento da legislação, a solução deve ocorrer com a certeza de que a ausência de mecanismos cooperativos causará danos irreversíveis à toda a população e não só às partes envolvidas.

CONCLUSÃO

Existem inúmeros rios, lagos e aquíferos que atravessam as fronteiras entre municípios, estados e países. O dever de cooperação surge exatamente dessa natureza intrínseca dos

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid., p. 58 e 59.

⁴¹ NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. O caso das papeleras na corte internacional de justiça: o reconhecimento dos princípios de direito ambiental internacional. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro: Faculdade do Direito da Universidade de Lisboa*. Ano 1 (2012), n. 12, 7649-7663.



recursos naturais que tendem a serem bens comuns de toda a humanidade. Dessa forma, os governos desempenham um papel crucial para compatibilizar os interesses nacionais e a necessidade de uma governança compartilhada. É evidente que a gestão da água no âmbito local é mais fácil, porém, a utilização do recurso hídrico por diversos países a torna um desafio. Tal desafio possui o objetivo de assegurar o desenvolvimento e a gestão pacífica das águas no mundo de modo solidário.

Diante disso o direito internacional tem o papel fundamental no estabelecimento de mecanismos de cooperação, com a finalidade de assegurar a existência de relações pacíficas entre os Estados. A criação Organização das Nações Unidas, após a Segunda Guerra Mundial, propiciou um ambiente apto para inovações e críticas, possuindo eficácia no âmbito internacional e podendo ser usada como exemplo nas unidades federativas autônomas dos Estados soberanos.

O dever de cooperar, bastante utilizado no direito internacional, é presente na gestão das águas transfronteiriças. Este dever contribui para alcançar os objetivos de paz e segurança, pois a competição tem a tendência de diminuir a disposição dos recursos hídricos. A cooperação somente é possível se houver políticas públicas de cada Estado, considerando o atendimento das necessidades dos seus próprios cidadãos, bem como as necessidades dos demais habitantes do mundo. Os Estados podem explorar seus próprios recursos, de acordo suas políticas ambientais. Entretanto, deve ter a responsabilidade de assegurar que atividades desempenhadas não causem dano ao meio ambiente de outros Estados, baseando-se no desenvolvimento sustentável.

Em diversos países, a água que abastece os importantes centros urbanos, vem de rios localizados fora da bacia de drenagem desses centros, devido à transposição de bacias. No Brasil embora a água seja abundante, está se tornando cada vez mais escassa devido a deterioração de sua qualidade e às mudanças climáticas. Igualmente, as produções de energia elétrica, no Brasil e em demais países, dependem da disponibilidade de recursos hídricos. Com isso é evidenciada a necessidade de cooperação internacional, em bacias compartilhadas por diversos países. Essa cooperação internacional tem sido objeto de discussões, análises, propostas a fim de diagnosticar os problemas e promoverem soluções em conjunto dispor de melhor qualidade de água para o abastecimento humano, visto que se trata de um recurso fluido que não obedece às fronteiras.

Nesse trabalho, analisou-se dois exemplos paradigmáticos que leva a refletir o papel do administrador público como um gestor mundial dos recursos naturais sob seu controle. O tema é de

suma relevância diante dos danos gerados pela inobservância de mecanismos de controle a órgãos eficientes na fiscalização do modo de uso sustentável dos recursos naturais.

Com isso, busca-se apontar o caminho da governança por meio da cooperação jurídica para que se evitem futuros conflitos e se tenha um uso sustentável, a fim de que as futuras gerações ainda tenham acesso a esse bem fundamental para a manutenção da vida.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Encarte Especial sobre a Bacia do Rio Doce: rompimento da Barragem em Mariana/MG*. Brasília: Superintendência de Recursos Hídricos, 2016.

_____. Laudos do Ibama, ANA e ICMBio subsidiaram Ação Civil Pública contra Samarco. Disponível em: < http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=12878>. Acesso em: 30 mar. 2018.

ALMEIDA, Bruno Rodrigues de; CASTRO, Emília L. de F.; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Recursos Hídricos Transfronteiriços no Mercosul: Sustentabilidade, Gestão Compartilhada e Cooperação Internacional. *Revista de La Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, ano 3, n. 5, p.377, mar. 2015.

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. *O caso das papeleiras*. Latin American Case Library on Law and Public Policy. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

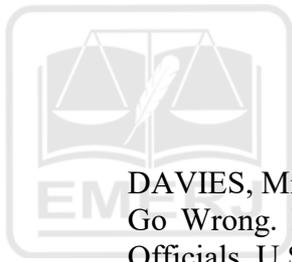
ARGENTINA e URUGUAI. *Estatuto do Rio Uruguai, 19 de novembro de 1973*. Disponível em: < <http://www.online.com.uy/plantas/doc/estatuto.htm> >. Acesso em: 29 mar. 2018.

BOTHE, Michael, La protection internationale de l'environnement, in Pour un Droit Commun de l'Environnement – Mélanges em l'Honneur de Michel Prieur, Paris, Dalloz, 2007, p. 435-460 apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito dos Cursos de Água Internacionais: elaboração da Convenção sobre Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diversos dos de Navegação - Nações Unidas/1997*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Lei nº 12.334, 20 de setembro de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112334.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

CASTRO, José Esteban. *Water Governance in the twentieth-first century. Ambiente e Sociedade*. Campinas: v. 10, n. 2, 2007.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/en/case/135/judgments>>. Acesso em: 29 mar. 2018.



DAVIES, Michael; MARTIN, Todd; LIGHTHALL, Peter. *Mine Tailings Dams: When Things Go Wrong*. In: *Tailings Dams 2000*. LasVegas, Nevada: Association of State Dam Safety Officials, U.S. Committee on Large Dams, 2000.

FLORES, Mário Carlos. *Novos matizes da (in)segurança*. O Estado de São Paulo, Caderno A2, 24/10/2007.

HANDL, Güther. *Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law*. Environmental protection and international law. I. Title. II London: Graham & Trotman/Martin Nijhoff, 1991.

JORNAL UNO ENTRE RIOS. *Congestión en el paso fronterizo de Gualeguaychú por aluvión de turistas*. Disponível em: < <https://www.unoentrierios.com.ar/la-provincia/congestion-el-paso-fronterizo-gualeguaychu-aluvion-turistas-n1531097.html>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

KOURISLSKY, Philippe. *Le Manifeste de l'altruisme*. Odile Jacob: French: 2011.

LA VOZ. *Entre Ríos con un solo paso habilitado hacia el Uruguay*. Disponível em: < http://www.lavoz901.com.ar/despachos.asp?cod_des=104301&ID_Seccion=70>. Acesso em: 30 mar. 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito dos Cursos de Água Internacionais: elaboração da Convenção sobre Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diversos dos de Navegação - Nações Unidas/1997*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA. *Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais*. Disponível em: < http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. *Nota Técnica nº 23/2017 TAMAR-Vitoria-ES/ICMBio*. Disponível em: < http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/Rio_Doce/nota_tecnica_23_2017_Tamar_ICMBio_monitoramento_pluma.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO. *Glossário de Defesa Civil: Estudos de Riscos e Medicina de Desastres*. Disponível em: < <http://www.defesacivil.mg.gov.br/images/documentos/Defesa%20Civil/manuais/GLOSSARIO-Dicionario-Defesa-Civil.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

NETO, Arthur Virmond de Lacerda. *O manifesto do altruísmo*. Iusgentium, v.11, n.6, p.203-209 – jan / jun – 2015. Disponível em: < <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/viewFile/182/pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. O caso das papeleras na corte internacional de justiça: o reconhecimento dos princípios de direito ambiental internacional. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro: Faculdade do Direito da Universidade de Lisboa*. Ano 1 (2012), n. 12.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo de 1972*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____. *Resolução 3.129, 13 de dezembro de 1973*. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3129\(XXVIII\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3129(XXVIII)&Lang=E&Area=RESOLUTION)>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. *Resolução 2.995, 15 de dezembro de 1972*. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2995\(XXVII\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2995(XXVII))> Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. *Guía para la Implementación del convenio sobre el agua*. Disponível em: <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/publications/WAT_Guide_to_implementing_Convention/ece_mp.wat_39_spa.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. *The United Nations World Water Development Report 2018*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002614/261424e.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

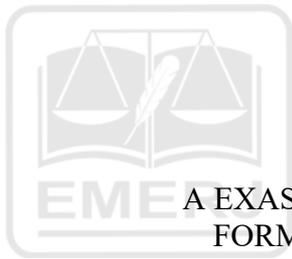
SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SANT'ANNA, Fernanda Mello. Governança global dos recursos hídricos transfronteiriços: o papel da cooperação internacional e da cooperação transfronteiriça. In: 3º ENCONTRO NACIONAL ABRI 2011, 3., 2011, São Paulo. *Anais eletrônicos...Associação Brasileira de Relações Internacionais, Instituto de Relações Internacionais - USP*, Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000122011000200009&lng=pt&nrm=abn>. Acesso em: 30 mar. 2018.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *The helsinki rules on the uses of the waters of international rivers*. Disponível em: <<http://www.colsan.edu.mx/investigacion/aguaysociedad/proyectorfrontera/Helsinki%20Rules%201966.pdf>> Acesso em: 30 mar. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Processo: 032.034/2015-6. Acórdão n. 2.440/2016*. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157587B1F4C0870&inline=1>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

VILLAR, Pillar Carolina. *A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani*. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.



A EXASPERAÇÃO DAS PENAS NOS CASOS DE CONCURSO ENTRE CONCURSO FORMAL E CRIME CONTINUADO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Marcos Antonio Lopes Cunha

Graduado pela Universidade Cândido Mendes em Direito. Advogado. Pós-Graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – levando-se em consideração o aumento no índice de criminalidade nos dias atuais, se evidencia no Direito Penal, uma divergência doutrinária e jurisprudencial referente ao aumento da pena no caso em que se configura tanto o concurso formal de crimes quanto a continuidade delitiva, se tendo duas teses, uma que sustenta a aplicação cumulativa do concurso formal e do crime continuado e outra em que se defende um aumento único em razão da continuidade delitiva, levando-se em consideração a totalidade de delitos praticados. A essência da presente pesquisa é a de abordar as espécies de concurso de crimes e verificar qual é a tese correta a ser aplicada, abordando ainda, as consequências ocasionadas quando prevista, cumulativamente a pena de multa no casos acima.

Palavras-chave – Direito Penal. Concursos de Crimes. Exasperação das Penas. Concurso entre Concursos de Crimes. Concurso Formal. Crime Continuado.

Sumário - Introdução. 1. Os Concursos de Crimes e a sua Repercussão na Sentença Penal Condenatória. 2. A Divergência Quanto à Forma de Aplicação do Aumento da Pena nos Casos de Concursos entre Concurso Formal e Crime Continuado e a Ocorrência ou não de *Bis In Idem*. 3. O Reflexo da Aplicação do Concurso Formal e do Crime Continuado na Pena de Multa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca a elucidar a discussão acerca da exasperação das penas nas sentenças penais condenatórias nos casos em que se há concurso entre crimes praticados no contexto do concurso formal e com continuidade delitiva. Procura demonstrar a divergência doutrinária e jurisprudencial existente, pois existem duas posições acerca do tema. A primeira posição defende que deve se realizar a dosimetria de cada uma das penas de forma separada, para após se aplicar a técnica da exasperação da pena, enquanto a segunda posição sustenta que deve ser considerado um único aumento de pena, levando-se em conta apenas o número de crimes praticados.

Busca abordar o tema à luz do princípio constitucional da individualização da pena, bem como a consequência que esse aumento de pena a ser realizado, impactará na aplicação da pena de multa, quando imposta cumulativamente.



Para uma melhor compreensão do tema, busca-se abordar e conceituar os institutos do concurso formal e do crime continuado, bem como identificar a finalidade de cada um desses, buscando assim, a intenção do legislador quando de sua elaboração.

A presente pesquisa se mostra relevante, pois cada vez mais vem se aumentando a população carcerária, de forma que cada indivíduo tem tratamento processual e penal diferenciado, pois há uma aplicação distoante quanto ao aumento das penas nos casos abordados, de modo que se mostra uma Justiça injusta.

Assim, visa a abordar a consequência de cada um desses tipos de aumento de pena no âmbito da pena de multa cumulada, uma vez que grande parte dos tipos penais, além de prever a pena privativa de liberdade, impõe também a pena de multa, devendo ser considerada no âmbito do concurso de crimes.

Inicia-se o primeiro o capítulo conceituando o concurso de crimes e suas modalidades, identificando a natureza e a finalidade de cada um desses e apresentando a repercussão que o concurso entre concursos de crimes ocasionam na sentença penal condenatória.

Enquanto o segundo capítulo trata da existência de uma jurisprudência divergente, bem como a divergência doutrinária acerca da melhor aplicação do aumento da pena nos casos em que há concurso entre concurso formal e crime continuado e a configuração ou não de *bis in idem*, questionando, ainda, qual seria a melhor forma de se aplicar o aumento da pena.

Já o terceiro capítulo trata da pena de multa nos casos de concurso formal ou crime continuado, ao abordar a divergência quanto à caracterização do crime continuado como uma forma de concurso de crimes.

Dito isso, busca refletir acerca de uma sentença penal condenatória mais justa e, conseqüentemente, mais legítima. Para tanto, tem como objeto identificar a melhor das duas posições apresentadas, partindo de uma análise legal e constitucional, à luz dos princípios constitucionais e da finalidade dos institutos, para que assim, se tenha um tratamento mais isonômico, evitando uma jurisprudência divergente, onde as penas aplicadas para casos similares, se mostram equidistantes, sem o devido fundamento.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, porque nesta se pretende analisar situações hipotéticas em que se possa visualizar o cenário em que ocorrem tais circunstâncias, em que acredita ser mais adequada para analisar o objeto da pesquisa, bem como, facilitar a demonstração das consequências práticas.

Com isso, a abordagem realizada na presente pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, pois visa a entender a problemática da controvérsia acima citada e encontrar a



solução mais adequada, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco e da análise jurisprudencial para sustentar a sua tese.

1. OS CONCURSOS DE CRIMES E A SUA REPERCUSSÃO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

As hipóteses de concursos de crimes estão previstas no Código Penal nos artigos 69, 70 e 71, que tratam, respectivamente, do concurso material, do concurso formal e do crime continuado. O concurso material é aquele em que o agente, por meio de duas ou mais ações ou omissões, pratica dois ou mais crimes. Já o concurso formal, é caracterizado pela única conduta do agente, que importa em dois ou mais crimes. Já para o crime continuado, como dito por Greco, o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da ficção jurídica, na qual se entende que a prática de variadas ações ou omissões, consideradas, individualmente, como crime, são consideradas pelo ordenamento jurídico como um delito único¹.

O concurso material é o mais simples das modalidades de concurso, bastando que se preencha os requisitos trazidos pelo artigo 69 do Código Penal, quais sejam, pluralidade de condutas, sejam ações ou omissões e que com isso, tenha praticado dois ou mais crimes, sejam estes idênticos ou não. Assim, deve se aplicar o critério do cumulo material, devendo somar as penas aplicadas em cada um dos delitos praticados.

Já o concurso formal, está previsto no artigo 70 do Código Penal²:

art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentadas, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Assim, tem-se duas classificações possíveis de concurso formal, uma quanto à tipificação dos crimes e a outra quanto ao elemento subjetivo do agente na prática do delito. Para a primeira classificação, conforme afirma Greco³, se leva em conta a identidade dos delitos, se os crimes praticados são idênticos ou não, interferindo na pena aplicada, pois sendo idênticos, aplica-se a pena de um destes, aumentada de um sexto até a metade, sendo o chamado

¹GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 603.

²BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 17 abr 2018.

³GRECO, op. cit., p. 599.



concurso formal homogêneo. Mas, em sendo crimes diferentes, aplica-se a maior pena dosada, acrescida de um sexto até a metade, chamado de concurso formal heterogêneo.

Já a classificação quanto ao elemento subjetivo do agente, pode ser classificado como concurso formal próprio e concurso formal impróprio. No concurso formal próprio, o agente pratica dois ou mais crimes sem a intenção de praticá-los, ou querendo praticar apenas um, podendo se afirmar que pode ocorrer na modalidade culpa + culpa ou na modalidade dolo + culpa, aplicando-se assim, o aumento de um sexto a metade. Esse aumento somente não irá ocorrer quando a pena aumentada for maior do que se tivesse aplicado o critério do cúmulo material, evidenciando-se assim, o objetivo do instituto, que é o de beneficiar o réu, conforme previsto no parágrafo único.

No concurso formal impróprio, sendo aquele previsto na parte final do artigo 70 do Código Penal, o agente pratica os crimes mediante apenas, uma ação ou omissão, mas atuando dolosamente, com desígnios autônomos, que segundo Greco: “desígnio autônomo quer dizer, portanto, que a conduta, embora única, é dirigida finalisticamente, vale frisar, dolosamente, à produção dos resultados”⁴.

Nesse último caso, conforme a disposição do Código Penal, aplicar-se-á o critério do cúmulo material, devendo somar as penas de todos os crimes praticados dolosamente.

Quanto ao crime continuado, também chamada de continuidade delitiva, dispõe o artigo 71 do Código Penal⁵:

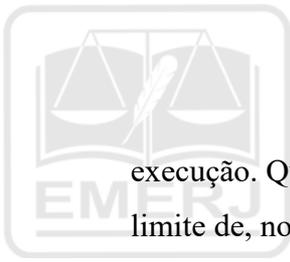
art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Assim, tem-se que a figura do crime continuado, como já afirmado, ao adotar a teoria da ficção jurídica, ocorre quando o agente, mediante duas ou mais ações pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, com semelhança quanto as condições de tempo, lugar e maneira de

⁴ GRECO, op. cit., p. 600.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.



execução. Quanto as condições de tempo, é de se ressaltar que o STF⁶ entendeu que se tem um limite de, no máximo, 30 dias entre a execução de cada crime.

Dessa forma, se tem que, havendo continuidade delitiva, deverá ocorrer a exasperação da pena. Quando se tratar de crimes da mesma espécie, da aplicação de uma delas e em se tratando de crimes diferentes, da mais grave das penas previstas, aumentando-se de um sexto até dois terços em ambos os casos. O critério para quantificar a fração a ser aplicada, assim como nos casos do concurso formal, é o número de delitos praticados.

Quanto à origem histórica do crime continuado, Bettiol⁷ afirmava:

A figura do crime continuado não é de data recente. As suas origens ‘políticas’ acham-se sem dúvida no *favor rei* que impeliu os juristas da Idade Média a considerar como furto único a pluralidade de furtos, para evitar as consequências draconianas que de modo diverso deveriam ter lugar: a pena de morte ao autor de três furtos, mesmo que de leve importância. Os nossos práticos insistiam particularmente na contextualidade cronológica da prática dos vários crimes, para considera-los como crime único, se bem que houvesse também quem se preocupasse em encontrar a unidade do crime no *uno impetu* com o qual os crimes teriam sido realizados. Da idade Média, a figura do crime continuado foi transladada para todas as legislações.

O que se pode observar tanto no concurso formal, como na continuidade delitiva, é que o legislador, por questões de política criminal, quis tratar de modo diverso o agente que pratica mais de um crime, desde que não configurada a reiteração criminosa. Por essa razão, nos casos de concurso formal ou continuidade delitiva, aplica-se um aumento de pena diferenciado do cúmulo material, menor que esse, buscando assim, beneficiar o agente que reitera a sua conduta criminosa, para evitar a aplicação de penas exorbitantes.

A problemática se encontra naqueles casos em que se tem a presença do concurso formal próprio e do crime continuado em um único processo, isso porque a jurisprudência não possui critérios formados quanto ao aumento que deveria ser aplicado na hipótese. Isso porque, nesse caso, deve se utilizar, o critério da exasperação, aumentando de um sexto a metade no concurso formal e de um sexto a dois terços em razão da continuidade delitiva.

Se terá o concurso entre o concurso formal próprio e a continuidade delitiva quando o agente, por uma só ação ou omissão, praticar dois ou mais delito e, em sequência, nas mesmas condições de tempo, lugar e circunstâncias, ou seja, com o mesmo *modus operandi*, pratica mais delitos da mesma espécie.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 69.305*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+69896%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+69896%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m8pfwex>>. Acesso em: 17 abr 2018.

⁷ BETTIOL apud GRECO, op. cit., p. 602.



Como exemplo, se tem a prática, pelo agente, do delito de roubo de um carro, em que se subtrai os bens dos dois passageiros do veículo mediante grave ameaça ou violência, subtraindo assim, bens de ambos os passageiros do veículo. Nesse caso, se tem o concurso formal próprio, isso porque o desígnio do agente quando da prática de sua conduta era de roubar o veículo em si, atingindo patrimônios distintos, mas como se fosse uma universalidade de fato.

Se após um determinado período de tempo, esse mesmo agente, no mesmo local e em horário semelhante, praticar outro roubo a um outro veículo, atingindo patrimônio de outros passageiros, estaria configurado a continuidade delitiva em razão da conduta anterior.

Nesse caso, o agente praticou delitos em concurso formal, bem como, também se adequa à teoria da ficção jurídica da continuidade delitiva. Com isso, na sentença penal condenatória desse agente, o magistrado deverá levar em conta todas as condutas do agente, seja da continuidade delitiva ou do concurso formal, para que assim, atenda ao princípio constitucional da individualização da pena.

2. A DIVERGÊNCIA QUANTO À FORMA DE APLICAÇÃO DO AUMENTO DA PENA NOS CASOS DE CONCURSO ENTRE CONCURSO FORMAL E CRIME CONTINUADO E A OCORRÊNCIA OU NÃO DE *BIS IN IDEM*

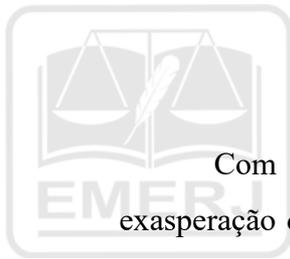
Ao fazer uma análise da jurisprudência, o que se verifica é que esta se mostra vacilante acerca do aumento a ser praticado nos casos em que há tanto a figura do concurso formal de crimes, como também, a ocorrência de crime continuado. Essa divergência também se percebe na doutrina.

Alguns autores entendem que em havendo, no mesmo contexto fático, crime continuado e concurso formal, deve se desprezar a figura do concurso formal, aplicando-se aos delitos praticados a continuidade delitiva, apenas.

Como se observa em Júlio Fabbrini Mirabete⁸:

Permanece, contudo, a dificuldade quando houver entre os componentes do crime continuado, um concurso formal de delitos. A solução mais razoável é a de que o aumento deve incidir sobre a pena mais severa dos crime componentes, excluído o aumento decorrente do concurso formal, servindo os resultados diversos deste apenas para a contagem do número de ilícitos praticados. Do contrário, o reconhecimento do concurso formal cujo tratamento é mais benigno que o do crime continuado, trará uma aplicação mais severa da pena afinal aplicada do que se reconhecesse, na conduta com vários resultados, uma continuidade delitiva.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini e outro, *Manual de Direito Penal*, v. 1: Parte Geral, São Paulo: Atlas, 2007, p. 330.



Com isso, tem-se que a aplicação dos dois concursos no mesmo caso, isso é, da exasperação da pena pelo concurso formal e após, exasperar novamente a pena em razão da continuidade delitiva, iria contra a natureza desses institutos, uma vez que acarretaria prejuízo ao condenado, pois alcançaria uma pena maior do que quando um único aumento em razão do crime continuado, considerando a totalidade de delitos. Esse entendimento também é encontrado na jurisprudência, como se pode observar no STJ⁹:

CONCURSO DE CRIMES. CONCURSO FORMAL E CONTINUIDADE DELITIVA. DUPLO AUMENTO. ALEGADO BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA. 1. Segundo orientação deste Superior Tribunal de Justiça, quando configurada a concorrência de concurso formal e crime continuado, aplica-se somente um aumento de pena, o relativo à continuidade delitiva. Precedentes. 2. Ocorre bis in idem quando há majoração da reprimenda primeiramente em razão do concurso formal, haja vista o cometimento de um delito roubo contra duas vítimas diferentes num mesmo contexto fático, e, em seguida, em função do reconhecimento do crime continuado em relação ao terceiro assalto cometido.

Todavia, há autores que entendem de modo diverso, entendendo que o magistrado deverá efetuar um aumento quanto ao concurso formal e após, realizar um segundo aumento de pena em razão do crime continuado, como defendido por Rógerio Sanches Cunha¹⁰:

Alertamos, no entanto, que o legislador só autorizou ao juiz aplicar uma única causa de aumento dentre as várias cominadas, quando todas estiverem na parte especial (art. 68, parágrafo único, CP). Não é o nosso caso. Estando as duas na parte geral, o julgador deve considerar os dois aumentos (um do concurso formal e o outro(sic) da continuidade delitiva).

Tal entendimento também encontra respaldo na jurisprudência, inclusive do STF, como se pode verificar no HC n° 73.821/RJ¹¹, que embora antigo, continua sendo utilizado como precedente:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTELIONATO. CONCURSO FORMAL E CONTINUIDADE DELITIVA (CRIME CONTINUADO). ARTIGOS 70 E 70 DO CÓDIGO PENAL. “HABEAS CORPUS”. ALEGAÇÃO DE “BIS IN IDEM”. INOCORRÊNCIA. (...) Assim, sobre a pena-base deve incidir o acréscimo pelo concurso formal, de modo a ficar a pena do delito mais grave (estelionato consumado) acrescida de, pelo menos, um sexto até metade, pela co-existência do crime menos grave (art. 70). E como os delitos foram praticados em

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 163.591/SP*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15522224&num_registro=201000337824&data=20110602&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 set 2018.

¹⁰ CUNHA. Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte Geral (arts. 1° ao 120). Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 501.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 73.821/RJ*. Relator Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74777>>. Acesso em 07 set 2018.



situação que configura a continuidade delitiva, também o acréscimo respectivo (art. 71) é de ser considerado. 2. Rejeita-se, pois, com base, inclusive, em precedentes do S.T.F., a alegação de que os acréscimos pelo concurso formal e pela continuidade delitiva são inacumuláveis...

Assim, tem-se que a jurisprudência do STF levou em conta o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI da CRFB¹², de forma que considera a conduta do agente para ocorrer a fixação da pena. Assim, como teve uma conduta em concurso formal deve ser reconhecido o aumento quanto à esse concurso de crime e, havendo uma outra conduta em continuidade delitiva, também deve ser reconhecido e aplicado o aumento de pena em razão do crime continuado.

Contudo, essa não parece ser a posição mais adequada, tendo em vista que, conforme explicitado anteriormente, a figura da continuidade delitiva, a qual adota a teoria da ficção jurídica, surge em seu início, ainda na Idade Média, para beneficiar o réu, uma vez que considerava múltiplos furtos, como único furto, impedindo assim, as penas draconianas, consideras muito severas.

Assim, o agente que praticava de uma só vez variados crimes de furtos contra indeterminados cidadãos, era considerado como a prática de um crime único, tendo em vista que quando o agente atingisse três furtos, era submetido à pena de morte. Assim, o que se pode observar é que a natureza do instituto é somente a de beneficiar o réu, sendo adotada como uma política criminal para evitar penas muito elevadas, em detrimento do concurso material, no qual se aplica o critério do cúmulo material, somando as penas aplicadas.

Outro argumento utilizado para aplicar um aumento para cada tipo de concurso é que o legislador, no artigo 68, parágrafo único do Código Penal¹³, permite a aplicação de uma única causa de aumento somente quando estão todas previstas na parte especial do Código Penal e não na parte geral, como é o caso de concurso de crimes.

Mais uma vez, não se mostra correto tal entendimento, uma vez que a aplicação do aumento referente ao concurso de crimes não se dá na terceira fase da dosimetria, e sim em momento posterior, não sendo considerado, portanto, como uma causa de aumento em si.

Seguindo essa posição, tem-se Rogério Gerco¹⁴:

Merece destaque o tema relativo à aplicação da pena no concurso de crimes. Na sentença que reconhecer o concurso de crimes, em qualquer das três hipóteses até aqui analisadas – concurso material, concurso formal e crime continuado –, deverá o juiz

¹²BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em: 26 nov 2018.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 2

¹⁴ GRECO, op. cit., p. 614.



aplicar, isoladamente, a pena correspondente a cada infração penal praticada. Após, segue-se a aplicação das regras correspondentes aos aludidos concursos.

Assim, mostra-se acertada a posição do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que reconhece a ocorrência de *bis in idem* quando se tem um aumento referente ao concurso formal e um segundo aumento referente ao crime continuado, devendo assim, realizar um único aumento, quanto à continuidade delitiva, observando a quantidade de crimes praticados, na sua universalidade.

Inclusive, essa posição também é adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁵:

Na aplicação da pena, incide tanto para um como para o outro o princípio da exasperação. No caso concreto, o acusado roubou uma vítima e, depois, na mesma condição de tempo, lugar e maneira de execução, em nova ação delituosa, abordou duas vítimas distintas e delas subtraiu diversos bens, inclusive de parentes que lá não se achavam, devendo ser reconhecida a continuidade delitiva entre as infrações praticadas através de diversas ações. A doutrina e a jurisprudência do STJ são firmes no sentido de que, configurado o concurso entre concurso formal e crime continuado, deve o aumento pelo concurso ideal ser desconsiderado no momento da apenação, passando todas as infrações a integrar a continuidade delitiva. O número total de crimes deve ser observado quando do calibre do aumento respectivo. Tratando-se de três crimes, o aumento proporcional é de 1/5.

Dessa forma, tem-se que, incorrendo o agente em condutas em concurso formal e continuidade delitiva em um mesmo contexto, deve se aplicar um aumento único, referente ao crime continuado, quantificado em razão de todos os crimes praticados, sob pena de *bis in idem*.

Como se pode observar da leitura do parágrafo único do artigo 70 do Código Penal¹⁶, ocorrendo o concurso formal, a pena exasperada não poderá ser superior a que seria cabível quando somadas. Isso, mais uma vez, demonstra a intenção do legislador ao prever o concurso formal e o crime continuado, como instrumentos de uma política criminal para beneficiar o réu, de forma que evita penas muito elevadas diante de condutas sucessivas.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0007488-21.2016.8.19.0008*. Relator Desembargador Marcus Basílio. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C2A7BDEB0F306B0C95B9F5EF2E9F65BEC5061D646232&USER=>>>. Acesso em 07 jul 2018.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 2

3. O REFLEXO DA APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL E DO CRIME CONTINUADO NA PENA DE MULTA

Com o adequado enquadramento do concurso de crimes, seja do concurso formal, seja pelo crime continuado, surge a questão da aplicação desses regimes quando da imposta a pena de multa, cumulativamente.

O artigo 72 do Código Penal¹⁷ estabelece que no concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.

Ao se realizar uma análise do disposto no artigo 72, tem-se que cada pena de multa, estabelecida para cada um dos crimes praticados pelo agente, deve ser aplicada isoladamente que, como consequência, acarreta no somatório das penas de multa aplicáveis ao caso concreto, bastando a ocorrência de qualquer dos tipos de concurso de crimes para acarretar a soma das multas aplicadas a cada um dos delitos praticados pelo agente.

Quanto à aplicação do critério da soma das multas no caso de concurso de crimes, seja concurso formal, seja de concurso material, esse é plenamente aceito pela doutrina e jurisprudência, em razão do disposto no artigo 72 do Código Penal.

Já quanto à aplicação isolada da pena de multa de cada um dos delitos praticados no contexto da continuidade delitiva, existe divergência entre a doutrina e a jurisprudência.

A primeira corrente entende que, em se tratando o crime continuado de uma espécie, ainda que ficta de concurso de crimes, deve se aplicar a pena isoladamente de cada uma das penas de multa, uma vez que esse é o tratamento dispensado pela lei, de forma que o legislador não fez qualquer distinção acerca da aplicação da pena de multa no crime continuado. Assim, deve se aplicar a mesma regra, ao concurso formal, ao concurso material e também, ao crime continuado.

Essa posição é adotada por Ricardo Augusto Schmitt¹⁸, como se pode observar:

A posição que assumimos é majoritária perante a doutrina, na qual se assenta o entendimento de que a aplicação cumulativa da pena de multa se estende para todas as espécies de concursos de crimes, inclusive para o crime continuado.

Com isso, apesar de não ser considerado propriamente como concurso de crime, uma vez que o Código Penal confere outra nomenclatura, aplica-se o critério do cúmulo material às

¹⁷ Ibid.

¹⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.325.



penas de multa, também no caso de continuidade delitiva, como aponta a doutrina majoritária.

Essa também é a posição defendida por Rogério Greco¹⁹:

Isso quer dizer que na hipótese de concurso material, concurso formal ou mesmo crime continuado, as penas de multa deverão ser aplicadas isoladamente para cada infração penal. Imagine-se que alguém tenha praticado quatro crimes em concurso formal. Aqui, ao invés de ser aplicado o percentual de aumento de um sexto até metade, as penas de multa serão encontradas isoladamente.

Contudo, a jurisprudência vai de encontro à essa posição, entendendo que, na continuidade delitiva, em que se consideram várias práticas de delitos da mesma espécie, mediante mais de uma conduta, seja omissiva ou comissivas, pelas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, se adota a teoria da ficção jurídica.

Por essa teoria, a prática de dois ou mais crimes é considerada quando da aplicação da pena, como unidade de crimes, ou seja, é considerado como crime único, de forma que não poderia ser enquadrado como concurso de crimes, uma vez que se teria posições conflitantes, pois, enquanto se consideram vários crimes como um só, ao mesmo tempo, se considera como a prática de mais de um crime, ao se referir como concurso de crimes.

Desta maneira, seria incabível a aplicação do artigo 72 do Código Penal no que tange ao crime continuado, uma vez que esse não se trata de modalidade concurso de crimes, mas de um instituto no qual se tem uma unicidade delitiva, ainda que de maneira ficta.

Essa segunda corrente, foi adotada pelo STJ²⁰, como se pode observar:

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTINUADO. DOIS CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. MESMA VÍTIMA. COMETIMENTOS COM DIFERENÇA DE MAIS OU MENOS QUINZE DIAS. MESMO LOCAL. MESMA MANEIRA DE EXECUÇÃO. PENA DE MULTA QUE NÃO SE SUJEITA À REGRA DO ARTIGO 72, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. Configurada está a continuação delitiva entre dois crimes de roubo, cometidos contra a mesma vítima, mais ou menos numa mesma época, num mesmo local e com o mesmo modo de execução. 2. Na hipótese da aplicação da pena de multa no crime continuado, não é aplicável a regra do artigo 72, do Código Penal. 3. Ordem concedida.

¹⁹ GRECO, op. cit. p. 615.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 95.641*. Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3728389&num_registro=200702845452&data=20080414&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 26 set 2018.

Com isso, a jurisprudência, divergindo da doutrina, entende que, em se tratando da continuidade delitiva, deve ser aplicado o mesmo critério adotado para a pena em si, previsto no artigo 71 do Código Penal²¹, aplicando-se a maior das penas, aumentando de um sexto a dois terços, por determinação legal.

Como se pode perceber em Ricardo Schmitt²²:

No que tange à espécie de crime continuado, a jurisprudência tem estendido o sistema de exasperação previsto à dosimetria da pena privativa de liberdade (art. 71 do CP) também à dosimetria da pena de multa (quantidade de dias-multa), não fazendo incidir, portanto, a regra insculpida no artigo 72 do Código Penal.

Dessa forma, na hipótese de concurso entre concurso formal e continuidade delitiva, deve se aplicar um único aumento, referente à continuidade delitiva, considerando-se a totalidade dos delitos praticados.

Sendo reconhecida a continuidade delitiva, e realizado o aumento de um sexta a dois terços à pena prevista no preceito secundário do tipo penal, deve ser o mesmo aumento, aplicado também à pena de multa, quando prevista, como adotado pela jurisprudência, em simetria ao aumento aplicado à pena privativa de liberdade.

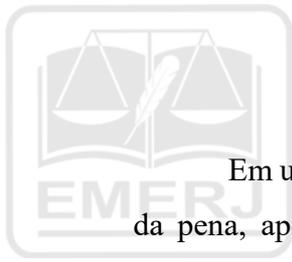
CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de uma divergência na doutrina e na jurisprudência quanto à aplicação do concurso de crimes na sentença criminal, especificamente quando da ocorrência tanto do concurso formal de crimes como também, da continuidade delitiva em uma sentença penal condenatória. Essa divergência leva a consequências relevantes no cálculo da pena do acusado, podendo vir a ser majorada ou reduzida a depender da posição que o sentenciante adota.

Uma parcela da doutrina sustenta ser correto a aplicação de cada um dos concursos de crime individualmente, de forma que ocorre um aumento sobre o aumento, possibilitando a individualização da conduta do acusado. Na jurisprudência, se encontram alguns acórdãos do STJ e do próprio TJ/RJ nesse sentido.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 2.

²² SCHMITT, op. cit. p. 325.



Em um contraponto, há quem defenda na doutrina que deve ser contabilizado no cálculo da pena, apenas a continuidade delitiva, levando-se em conta todos os delitos praticados, sustentando que essa seria a forma mais adequada, levando-se em conta a natureza e a finalidade do instituto da continuidade delitiva. Nesse sentido, há jurisprudência ampla no STF e no TJ/RJ.

A questão abordada no segundo capítulo, de qual seria o entendimento correto nesses casos de concurso entre concurso formal e crime continuado, essa pesquisa chegou a conclusão de que, para que se tenha a observância do princípio da individualização da pena, deve se aplicar a tese do aumento único, devendo aumentar a pena em razão da continuidade delitiva, levando-se em conta a universalidade de crimes praticados.

Para alcançar a resolução dessa questão, essa pesquisa levou em consideração a *mens legis* do instituto da continuidade delitiva, trazendo à discussão, o contexto histórico no qual fora implementado, argumentando que, como o instituto surge para beneficiar o acusado, esse não poderia ser utilizado para aumentar a pena deste, caso contrário, se teria aplicabilidades conflitantes para o referido instituto.

Resolvida essa divergência, surge outra questão divergente na jurisprudência, que é a fórmula para a aplicação da pena de multa no caso de continuidade delitiva. Acerca dessa questão, a jurisprudência diverge, no sentido da natureza da continuidade delitiva, uma vez que o Código Penal, prevê que no caso de concurso de crimes, se tem a aplicação da pena de multa de forma isolada para cada um dos crimes.

Contudo, a lei não resolve a questão, porque há quem defenda que a continuidade delitiva não pode ser inserida como uma espécie de concurso de crime, sendo um instituto de política criminal para beneficiar o acusado, lhe concedendo, para fins de aplicação da pena, que seja consideradas as condutas, como um crime único, não havendo o que se falar em concurso de crimes.

Mais uma vez, para resolver a presente questão, foi analisada a natureza do instituto, levando-se em conta a sua finalidade e os objetivos, de forma que o artigo que prevê a continuidade delitiva, prevê uma forma especial de aplicação da pena, seja ela privativa de liberdade ou pena de multa, devendo se considerar a pena mais gravosa a aumentá-la, de um sexto até dois terços.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 de mar. 2018.



_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 19 de mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 95.641*. Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3728389&num_registro=200702845452&data=20080414&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 69.305*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+69896%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+69896%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m8pfwex>. Acesso em : 17 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0007488-21.2016.8.19.0008*. Relator Desembargador Marcus Basílio. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C2A7BDEB0F306B0C95B9F5EF2E9F65BEC5061D646232&USER=>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM., 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini e outro, *Manual de Direito Penal*, v. 1: Parte Geral, São Paulo: Atlas, 2007

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória*. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.



INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: INCONSTITUCIONALIDADE OU REFORÇO À SEGURANÇA JURÍDICA?

Marcos Felipe de Medeiros Alves

Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Federal Fluminense. Técnico de Atividade Judiciária e Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – com a vigência da Lei nº 13.015/2015, diversos mecanismos de otimização e aceleração de julgamento de demandas judiciais entraram em vigor, dentre os quais destaca-se o incidente de resolução de demandas repetitivas. Com ele, os Tribunais de 2ª instância passaram a deter o poder de fixar teses de observância obrigatória acerca de questões jurídicas controvertidas, aplicadas a todos os órgãos judiciários que lhe são subordinados e, em determinados casos, inclusive a Administração Pública. Diante desse panorama, o trabalho cinge-se a analisar se a fixação de tese em âmbito regional tem o condão de afrontar o princípio da separação de poderes ou serve de reforço à segurança jurídica, padronizando a prestação jurisdicional.

Palavras-chave - Direito Processual Civil. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Efeito vinculante.

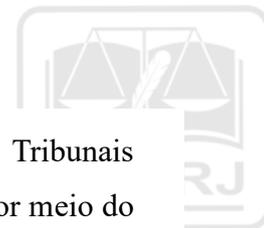
Sumário – Introdução. 1. O incidente de resolução de demandas repetitivas como inovação do sistema de solução de casos repetitivos. 2. Efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. 3. O IRDR e a Administração Pública a partir da jurisprudência do TJERJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Há algumas décadas o Poder Judiciário enfrenta o problema do excesso de litígios, desenvolvendo novas técnicas que permitem otimizar e acelerar o julgamento dos processos judiciais ou até mesmo evitá-los.

Nesse panorama, ao longo dos últimos anos o ordenamento jurídico passou a prever uma série de mecanismos de solução concentrada de litígios, dentre os quais se insere o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, bem como a elaboração de súmula vinculante pela mais alta Corte do país. Com isso, evita-se discussões de temas que já tenham sido debatidos pelos Tribunais Superiores, facilitando o julgamento das demandas judiciais massificadas.

Foi nesse contexto que o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever o instituto



do incidente de resolução de demandas repetitivas. Por meio desse instituto, os Tribunais Estaduais e Federais dispõem de mecanismo de resolução concentrada de litígios, por meio do qual a tese fixada é aplicada a todos os processos que tratem sobre a mesma controvérsia regional.

Ocorre que essa possibilidade de o Poder Judiciário fixar tese em determinado caso repetitivo regional pode esbarrar no modo pelo qual as Administrações Públicas estaduais e municipais se organizam, considerando que a Fazenda Pública, hoje, é a maior litigante nos processos judiciais dos Tribunais do país. Isso, por vezes, pode dar ensejo à invasão de um poder sobre o outro, o que levará à reflexão de como o incidente poderá, ou não, esbarrar na separação constitucional de poderes.

Diante desse panorama, o trabalho cinge-se a examinar como o incidente de resolução de demandas repetitivas, enquanto instituto destinado a concentrar a resolução de litígios regionais e locais em segunda instância, alinhar-se-á com a organização dos demais Poderes. A intenção é discutir sobre os limites da decisão judicial vinculante e da esfera de atuação de cada Poder atingido.

Para tanto, o primeiro capítulo se debruçará sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas propriamente dito. Será feita uma abordagem sobre os precedentes históricos e a estruturação legal do referido instituto.

O segundo capítulo terá como tema o efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Será feito um estudo sobre as principais formas jurídicas pelas quais o Poder Judiciário emana decisões de caráter vinculante.

O terceiro capítulo será destinado a analisar as primeiras decisões proferidas por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo como destinatária a Administração Pública. O objetivo é perquirir se, na prática, o instituto se atém às questões jurídicas postas em debate ou avança, colocando em xeque a liberdade do Poder Executivo.

Nesse viés, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. Isso porque serão construídas premissas iniciais, baseadas nas hipóteses levantadas, as quais serão submetidas aos dados colhidos ao longo da pesquisa e à análise crítica, de modo que, ao final, restarão apenas as premissas que se confirmarem como válidas.

Para tanto, a abordagem do objeto se fará pela via da pesquisa explicativa. O fenômeno jurídico será estudado por meio da bibliografia pertinente, seja doutrina jurídica, legislação e também decisões judiciais. Ao fim, a pesquisa abordará o fenômeno objeto de estudo de acordo com o material estudado.



1. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO INOVAÇÃO DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CASOS REPETITIVOS

A massificação das relações jurídicas obrigou a ordem jurídica a reconhecer os direitos subjetivos de segunda (culturais, econômicos, sociais e trabalhistas) e terceira gerações (paz, meio ambiente, etc.), ambos de característica coletiva, sem que fosse possível, por vezes, destacar detalhadamente as pessoas atingidas.

Nesse viés, antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o ordenamento brasileiro já apresentava técnicas de julgamento de casos repetitivos. Era o caso da sistemática prevista nos artigos 543-B e 543-C do CPC/1973, com redação dada pelas Leis nº 11.418/2008 e 11.672/2008.

Todavia, apenas com a vigência da nova lei é que ambas as formas de julgamento do processo coletivo, quais sejam, os casos repetitivos e as ações coletivas, passaram a conviver conjuntamente no ordenamento jurídico brasileiro¹.

Mais especificamente em relação às técnicas de resolução de casos repetitivos, a necessidade de regras próprias se dá pelo seu caráter peculiar.

O artigo 928 do CPC/2015² traz as duas espécies de julgamentos de casos repetitivos: o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os recursos especial e extraordinário repetitivos (REER).

Em relação aos REER, a forma de julgamento foi implantada ainda sob a vigência do CPC/1973, porém as regras foram aperfeiçoadas com o advento do Novo Código. Nos termos dos artigos 1.036 a 1.041 do CPC/2015, escolhem-se dois ou mais recursos que representem a controvérsia debatida nos autos, quando for identificada a repetitividade em idêntica questão de direito, sendo eleitos pelo tribunal *ad quem* ou *a quo*.

Uma vez reconhecida a controvérsia, o relator no Tribunal Superior (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça) proferirá decisão de afetação, na qual será identificada a controvérsia, bem como determinada a suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, em que também seja discutida a questão³.

Assim que o mérito da questão for julgado, o próprio Tribunal da origem fará a

¹ BRANDÃO, Carla de Jesus; CARDOSO, Juliana Provedel. As duas técnicas de processo coletivo: ações coletivas e casos repetitivos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 10, vol. 17, nº 02, jul. dez. 2016, p. 85.

² BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

³ *Ibidem*.



aplicação da tese aos processos sobrestados: negará seguimento aos recursos especial e extraordinário, na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a tese firmada; ou, no caso de divergência entre a tese e o julgado recorrido, o órgão prolator reexaminará o feito, realizando o juízo de retratação ou mantendo a decisão tal como lançada⁴.

Tendo em vista o exposto, ainda na seara dos recursos repetitivos, o Código de Processo Civil de 2015 promoveu a inovação de trazer um novo instituto no âmbito judicial regional: o incidente de resolução de demandas repetitivas. Também espécie de julgamento de casos repetitivos, o IRDR é instituto capaz de solucionar controvérsia de interesse regional, no âmbito de determinado Tribunal, a respeito de controvérsia jurídica que seja comum a uma multiplicidade de processos, em forma de julgamento semelhante àquela adotada aos recursos constitucionais repetitivos, conforme acima exposto.

Assim, conforme identifica a doutrina especializada⁵, carecia o sistema brasileiro de um meio que pudesse compatibilizar as demandas coletivas e individuais, sem prejudicar a tramitação dessas últimas, mas também que pudesse evitar a proliferação de ações individuais sobre o mesmo evento danoso.

Nesse viés, inovou o ordenamento ao prever o incidente de resolução de demandas repetitivas, tentando dar solução efetiva à problemática do excesso de litigiosidade.

No Código de Processo Civil de 2015⁶, o artigo 976 dispõe acerca dos requisitos para instauração do incidente em comento. O primeiro requisito exigido pela lei é a existência de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre questão unicamente de direito. Assim, *a contrario sensu*, o IRDR não se presta à resolução de controvérsia ligada a questões fáticas. Igual requisito é exigido na sistemática dos recursos repetitivos constitucionais, na forma do artigo 1.036, *caput*, do CPC/2015⁷.

Além desse requisito, o parágrafo quarto do artigo 976 dispõe acerca do requisito negativo. Exige-se que não exista recurso objeto de afetação pelos Tribunais Superiores na sistemática dos recursos repetitivos⁸.

Os requisitos serão verificados quando da admissibilidade do incidente. Nos termos do artigo 981, o juízo de admissibilidade será realizado pelo órgão colegiado competente⁹. Isso é

⁴ Ibidem.

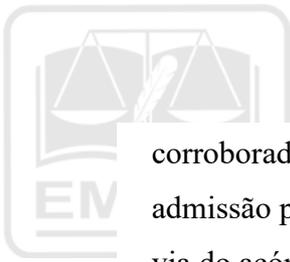
⁵ ALMEIDA, Marcelo Pereira. A jurisdição na perspectiva publicista e privatista no contexto da solução de demandas individuais de massa – nota sobre o incidente de resolução de ações repetitivas no PLS nº 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, vol. 7, nº 7, jan. jun 2011, p. 173.

⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.



corroborado pelo Enunciado 91 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que proíbe a admissão por decisão monocrática do relator. A forma de admissão, portanto, é colegiada, pela via do acórdão.

Para além dos processos em tramitação, o alcance da tese fixada no IRDR também terá importância em relação aos processos futuros. Isso porque, na hipótese de ser proposta demanda que contrarie tese fixada em incidente de resolução de demandas repetitivas já julgado, o pedido contrário à tese será improcedente em caráter liminar, na forma do artigo 332, III do CPC/2015, ou seja, antes mesmo que seja integrada a lide com a citação do réu.

Por outro lado, se proposta demanda em que tenha apoio na tese fixada em incidente de resolução de demandas repetitivas, e o pedido puder ser comprovado apenas documentalmente, o juiz poderá deferir a tutela de evidência, nos termos do 311, II do CPC/2015. A tutela de evidência também poderá ser deferida liminarmente, ou seja, antes da citação do réu, como autoriza o parágrafo único do mesmo artigo¹⁰.

A vinculação à tese jurídica fixada tem um importante meio de controle. Para além dos meios próprios de impugnação (recursos), o Código previu que, inobservada a tese do IRDR, a parte poderá apresentar reclamação diretamente ao respectivo Tribunal, como previsto no artigo 985, parágrafo primeiro do CPC/2015.

Nesse ponto, há críticas ressaltando a inconstitucionalidade da vinculação da decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas. Segundo Nelson Nery Jr., o sistema de precedentes previsto no Novo CPC é inconstitucional, pois, na prática, a tese fixada em IRDR é um texto normativo vinculativo com eficácia geral e abstrata, assemelhando-se à lei. Portanto, apenas a Constituição da República poderia autorizar a eficácia vinculante, como foi o caso da súmula vinculante, fruto de intensos debates ao longo de anos¹¹.

2. EFEITO VINCULANTE E SEPARAÇÃO DE PODERES

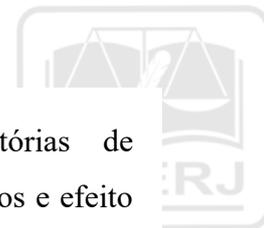
A Constituição da República prevê o efeito vinculante em duas únicas hipóteses: nas ações de controle concentrado e na aplicação de súmula vinculante.

Incluído por meio da Emenda Constitucional nº 03¹², inicialmente foi previsto que as

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 486.

¹¹ POMBO, Bárbara. “Núcleo duro do novo CPC é inconstitucional”, diz jurista. *Jota*. Disponível em: <<https://jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-21122016>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

¹² BRASIL. *Emenda Constitucional nº 3*, de 17 de março de 1993. Disponível em:



decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal tivessem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Posteriormente, com a edição da Lei nº 9.868/99¹³, que regulamentou as regras relativas ao processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, o artigo 28 previu que a eficácia contra todos e o efeito vinculante abrangessem as decisões proferidas pelo STF em tais ações, incluindo as decisões que tratassem de interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

À época, apesar de vozes na doutrina sustentarem a inconstitucionalidade de tal dispositivo, vez que a lei infraconstitucional teria ampliado o efeito previsto tão somente na Carta Magna, a Suprema Corte se posicionou de forma oposta no julgamento da Reclamação nº 1880. Naquele momento, entendeu-se que a previsão legal não se contraditaria ao texto constitucional, já que havia similitude substancial entre as decisões proferidas na ação direta de constitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, pois seriam espécies de fiscalização objetiva que, ao fim e ao cabo, demonstrariam a manifestação definitiva do STF sobre a conformação da norma à Constituição Federal¹⁴.

Ato contínuo, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, em 2004¹⁵, a previsão do artigo 28, parágrafo único, ganhou assento constitucional, seja com a previsão do efeito vinculante à ação direta de inconstitucionalidade, seja com a ampliação dos efeitos não apenas ao Poder Executivo, mas sim a toda Administração Pública, abrangendo as esferas federal, estadual ou municipal.

Além dessa previsão, a referida emenda passou a prever a súmula vinculante no sistema jurídico brasileiro. Com ela, o STF obteve o poder de aprovar entendimento que, tratando acerca de questão controversa entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, consagrasse a manifestação reiterada do tribunal em determinado sentido, com efeito vinculante sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública de todos os entes federativos.

A doutrina identifica na súmula vinculante a evolução do sistema jurídico brasileiro

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

¹³ BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 1880*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=349828>>. Acesso em: 16 ago 2018.

¹⁵ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.



em virtude de duas realidades: a morosidade da Justiça e adoção paulatina das teses jurídicas repetitivas¹⁶. Num cenário em que se revela o aumento de litígios de massas, não haveria razão para que o Poder Judiciário continuasse a trabalhar sob a forma tradicional de "prestação artesanal da jurisdição"¹⁷.

Diante desse cenário, identifica-se no efeito vinculante um caráter racionalizador, promovendo a isonomia e a segurança jurídica. Isso porque, ao mesmo tempo que os enunciados vinculantes evitam a multiplicação de decisões contraditórias sobre uma mesma questão, também possibilitam a redução de julgamento de recursos, além de permitir que o jurisdicionado saiba de antemão o direito que pretende obter¹⁸.

Essa uniformização na interpretação do direito é vista como necessária. Nos dias atuais, o intérprete é visto como coparticipante do processo de criação do Direito. Assim, apesar de existirem diversas instâncias decisórias, não deve ser aceita a prolação de decisões e interpretações contraditórias, vez que o poder político do Estado se mantém uno¹⁹.

Note-se que, mediante a aprovação da súmula vinculante, o STF passou a deter o poder de aprovar enunciado com força *erga omnes* e aplicação obrigatória no campo dos demais órgãos do Poder Judiciário e na Administração Pública. A partir disso, passaram a coexistir duas espécies de súmulas: as vinculantes, com força de lei, e as não vinculantes, indicativas de jurisprudência dominante no STF, STJ e demais Tribunais do país²⁰.

Dada a força de lei atribuída à súmula vinculante, surgiram vozes entendendo pela inconstitucionalidade do mecanismo. Por se tratar de autêntica exceção à separação de poderes, na qual a Corte Suprema dispõe de mecanismo próximo à atividade legiferante, apenas com a previsão no texto constitucional seria possível conceber a criação da súmula vinculante²¹.

Nesse sentido, ao tratar sobre o sistema de precedentes do CPC/2015, Nelson Nery Jr. comenta a criação da súmula vinculante²²:

¹⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1106-1107.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87-88.

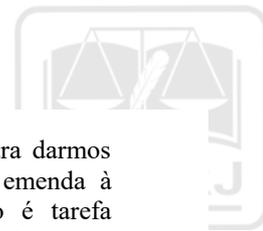
¹⁸ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 705.

¹⁹ BARROSO, op. cit., p. 88-89.

²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 809.

²¹ POMBO, op. cit.

²² Ibidem.



[...] Porque a Constituição não autoriza isso. Tanto não autoriza que para darmos vinculação à súmula do Supremo precisamos aprová-la por meio de emenda à Constituição, que foi discutida durante nove anos. [...] Porque isso é tarefa legislativa, baixar um texto normativo vinculativo com eficácia geral e abstrata – isso é lei. Então para o Judiciário legislar, desculpe, precisa de autorização da Constituição.

Diante desse cenário, era de se esperar que o mesmo debate fosse surgir com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

O artigo 927 do novo diploma processual inovou ao prever uma série de espécies de decisões dotadas de observância obrigatória pelos juízes e Tribunais. Esse rol, em consonância com outros instrumentos previstos no CPC, permite que as decisões de observância obrigatória passem a otimizar, acelerar e a uniformizar o julgamento de processos sobre questões idênticas. A aplicação de tais precedentes se dá por meio de diversos institutos processuais, dentre os quais destaca-se a tutela de evidência²³ e da improcedência liminar do pedido²⁴.

Sobre o artigo 927, a doutrina que defende a inconstitucionalidade de seus três últimos incisos (dentre os quais se insere o incidente de resolução de demandas repetitivas) alega que essa previsão confere ao Poder Judiciário "o estabelecimento de normas, criando uma vinculação inconstitucional a preceitos abstratos e gerais fixados pelo Poder Judiciário, ou seja, com características de lei"²⁵.

Por outro lado, aqueles que sustentam a constitucionalidade da referida previsão aduzem que não se pode confundir a tarefa de dar sentido unívoco à lei com a própria atividade legiferante, sob pena de se entender que o Supremo Tribunal Federal legislaria ao decidir processo objetivo e ao editar súmula vinculante²⁶.

Contudo, o artigo 927 limita-se a estipular a observância obrigatória tão somente aos órgãos do Poder Judiciário. Nesse ponto, o incidente de resolução de demandas repetitivas foi além.

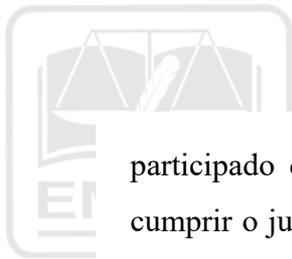
Isso porque o artigo 985 do CPC prevê que, no caso de a decisão versar sobre questão relativa a prestação de serviço submetido a concessão, permissão ou autorização, o julgamento será comunicado ao ente ou à agência reguladora responsável pela fiscalização do aludido serviço. Ou seja, ainda que não tenham sido partes (e, portanto, sem que tenha

²³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.

²⁴ Ibidem.

²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 2699-2700.

²⁶ Ibidem, p. 2700.



participado da construção da decisão judicial), a Administração Pública será compelida a cumprir o julgado, não lhe sendo reservada qualquer margem de discussão sobre o mérito da questão.

Sobre tal dispositivo, o Estado do Rio de Janeiro levou à questão ao Supremo Tribunal Federal, suscitando a inconstitucionalidade do artigo 985, § 2º do CPC. Segundo o requerente, a previsão de que a Administração Pública deverá aplicar a tese fixada em IRDR violaria a garantia do contraditório e do devido processo legal. Na referida ação, o Governador do Estado também sustenta sua tese baseado nas lições de Nelson Nery Jr.

A violação ao contraditório pelo artigo 985, § 2º se dá em razão da extensão dos efeitos da coisa julgada material à Administração Pública, a quem sequer é dada a legitimidade para propor o incidente. Ademais, também rechaça a extensão dos efeitos pelo fato de sua participação ser restrita à condição de *amicus curiae*, quando assim ocorrer.

Outrossim, a violação ao devido processo legal é baseada no fato de que a Administração Pública deverá aplicar a tese jurídica sem que tenha participado do processo de formação da decisão. Sustenta que, muito embora seja possível o questionamento da decisão judicial na via dos recursos excepcionais, a referida alternativa não é satisfatória, porque não seria permitido aos Tribunais Superiores discutir normas de direito local²⁷.

Até o momento, o Ministro Dias Toffoli, relator da ADI nº 5492/RJ, determinou a implantação do rito mais célere previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/99²⁸, não havendo data para inclusão em pauta para julgamento. Ante a inexistência de deferimento de medida cautelar até o presente momento, permanecem em vigor os artigos questionados na ação supracitada.

Diante disso, muito do alcance do instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas dependerá da matéria a ser tratada. Assim, é prudente que se analise como a jurisprudência dos Tribunais vem se posicionando quanto aos efeitos do IRDR, conforme se verá no capítulo a seguir.

²⁷ A íntegra da petição inicial pode ser acessada no site do Supremo Tribunal Federal, por meio do link: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4959031. Acesso em: 17 ago 2018.

²⁸ BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

3. O IRDR E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TJERJ

Mediante breve análise acerca do rito legal previsto para o incidente de resolução de demandas repetitivas, verifica-se que, agora, é possível que os tribunais de segunda instância emitam decisões em caráter vinculante, que não abrangerão apenas os órgãos judiciais inferiores, mas também a própria Administração Pública, nos termos do artigo 985, § 2º do Código de Processo Civil²⁹.

Desta forma, tendo em mente que o presente trabalho cinge-se a analisar eventuais conflitos entre o regramento do incidente de resolução de demandas repetitivas e o princípio da separação de poderes, impõe-se perquirir, mediante estudo das decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como o incidente tem sido invocado para solucionar controvérsias envolvendo a Administração Pública.

Desde a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o TJERJ já admitiu quinze incidentes de resolução de demandas repetitivas, segundo informação extraída do próprio site institucional³⁰. Desses, apenas dois não versam sobre questões ligadas à Administração Pública. Assim, diante disso, necessário tecer breves comentários acerca dos incidentes admitidos, com o fito de perquirir a possível interferência do Poder Judiciário em questões afetas aos demais Poderes.

O primeiro incidente proposto no âmbito do TJERJ trouxe ao debate a discussão acerca da constitucionalidade dos Decretos Estaduais emitidos pelo Governador do Estado a partir do final de 2015 que passaram a postergar o calendário de pagamento de servidores públicos estaduais ativos, inativos e pensionistas. O IRDR também visa discutir o arresto de verbas públicas em ações individuais para garantir o pagamento de servidores públicos estaduais aposentados e pensionistas³¹.

Até o momento, não houve o julgamento de mérito do incidente. Todavia, impende ressaltar que se trata de caso que envolve não apenas o funcionamento da Administração Pública, como também a própria gestão realizada pelo chefe do Poder Executivo, considerando que o resultado do julgamento implicará, na prática, em limitar ou não a atuação

²⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 01 set. 2018.

³⁰ TJERJ. *Precedentes (IRDR, IAC...)*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/precedentes/ConsultarPrecedentes.aspx>>. Acesso em: 15 set. 2018.

³¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *IRDR nº 0023205-97.2016.8.19.0000*. Relator: Desembargador Nildson Araujo da Cruz. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.291.00022&>>. Acesso em: 15 set. 2018.



do Governador na questão do arrestos de verbas públicas.

Ou seja, a depender da tese fixada no IRDR, o Poder Judiciário estadual avaliará ser possível aos demais juízos realizar constringções em valores com a natureza de verba pública. Em última análise, caberá ao próprio Poder Judiciário dizer em que medida o Poder Executivo disporá das verbas públicas que lhe competem por força das leis orçamentárias, em detrimento de obrigações judiciais porventura inadimplidas pelos referidos entes. Daí porque resta mister aguardar o deslinde da controvérsia, momento em que se aferirá em que grau o Poder Judiciário interferiu na hipótese.

Outrossim, grande parte dos incidentes versa sobre o pagamento de gratificações a servidores públicos. Em determinados casos, a discussão cinge-se à possibilidade de se pagar ou não determinada rubrica, como no incidente em que se decide pela viabilidade ou não da concessão do Adicional de Desempenho Funcional aos servidores do Município de São Gonçalo até o limite de 100% dos vencimentos básicos³², ou, ainda, no feito no qual são analisados os critérios de correção da gratificação concedida a professores da rede pública estadual³³.

Contudo, há caso que, apesar de versar sobre gratificação de servidores públicos, dá um passo além. O referido incidente trata acerca da omissão do Prefeito do Município de São Gonçalo em incorporar aos vencimentos básicos dos guardas municipais o Adicional de Produtividade. Portanto, não se fixou apenas ser devida ou não a gratificação, mas sim se, no bojo do mandado de segurança subjacente, houve ou não omissão por parte do chefe do Poder Executivo Municipal³⁴.

Na hipótese, restou decidido que, à luz da legislação municipal, não poderia o adicional ser incorporado aos vencimentos dos guardas municipais. Ou seja, apesar de a omissão do Prefeito estar fixada como tese a ser apreciada, ao fim e ao cabo a análise cingiu-se à questão jurídica da incorporação ou não da aludida rubrica.

Ainda no que toca à questão de servidores públicos, o quinto incidente admitido³⁵ diz

³² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *IRDR n° 0044882-86.2016.8.19.0000*. Relator: Desembargador Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.291.00072&>>. Acesso em: 16 set. 2018.

³³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *IRDR n° 0026631-20.2016.8.19.0000*. Relator: Desembargadora Monica Maria Costa Di Piero. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.291.00036&>>. Acesso em: 16 set. 2018.

³⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *IRDR n° 0023484-83.2016.8.19.0000*. Relator: Desembargador Guaraci de Campos Viana. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.291.00030&>>. Acesso em: 16 set. 2018.

³⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *IRDR n° 0017256-92.2016.8.19.0000*. Relator: Desembargador Claudio Luiz Braga Dell Orto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201629100009>>. Acesso em: 16 set. 2018.



respeito à questão da legitimidade, bem como da forma de liquidação e da execução individual da sentença prolatada em ação civil pública que condenou o Município do Rio de Janeiro ao pagamento da gratificação denominada Nova Escola aos professores da rede municipal.

De acordo com os autos do incidente, a controvérsia se fundamenta em razão da divergência quanto à competência para conhecer da matéria em primeiro grau, à objeção prescricional, à forma e à legitimidade da liquidação, bem como aos critérios de incidência dos consectários da liquidação.

Nesse ponto, em que pese também versar sobre demanda em face da Fazenda Pública, parece que tais questões não invadem a competência dos demais Poderes, sobretudo do Poder Executivo, já que as discussões giram em torno de matérias processuais, oriundas logicamente da sentença prolatada na mencionada ação civil pública.

Não é apenas em campo administrativo que as matérias se concentram. Houve a propositura de IRDR para discussão de questão tributária, notadamente a incidência do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD) e de transmissão (TUST) de energia elétrica, em razão de julgados divergentes que estavam sendo proferidos pelos órgãos julgadores do TJERJ³⁶.

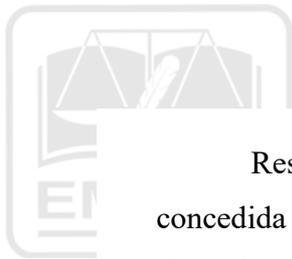
Apesar de o incidente ter sido inicialmente admitido, houve posterior inadmissão em razão da afetação do tema pelo Superior Tribunal de Justiça, para decidir a questão em sede de recurso repetitivo. Nesse caso, não haveria como prevalecer o incidente estadual, ante o que prevê o artigo 976, § 4º do CPC³⁷, no sentido de que a afetação do tema à sistemática dos recursos repetitivos nos Tribunais Superiores consiste em requisito negativo de admissibilidade e, portanto, impede o prosseguimento do feito.

Noutra hipótese, fora suscitado outra questão afeta à Fazenda Pública, notadamente ao regime previdenciário dos servidores públicos. Há peculiar discussão relativa à incorporação da Gratificação de Titularidade aos proventos de escrivães aposentados no Poder Judiciário. Ou seja, ainda que a controvérsia diga respeito a servidores do próprio Poder Judiciário, há sensível repercussão sob a esfera do Poder Executivo, a quem compete arcar com a folha de pagamento dos servidores públicos, incluindo os aposentados³⁸.

³⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *IRDR nº 0045980-72.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.291.00072&>>. Acesso em: 16 set. 2018.

³⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 01 set. 2018.

³⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *IRDR nº 0065694-18.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador Luiz Zveiter. Disponível em:



Restou decidido que o referido Adicional detém natureza remuneratória, vez que concedida em caráter permanente. Logo, a incorporação ou não da aludida verba dependerá do regime previdenciário ao qual o servidor fora vinculado: se detentor da integralidade, fará jus também à incorporação do adicional; do contrário, em recebendo proventos proporcionais, também receberá o Adicional sob a forma proporcional.

Logo, apesar de a questão previdenciária tratar relativamente de servidores do Poder Judiciário, em nada se discrepou com o regramento já dado aos demais servidores, tampouco impôs ônus ao Poder Executivo ao qual não poderá prever. Pelo contrário, pois a decisão valeu-se do regramento previdenciário já previsto na própria Constituição Federal.

Desta forma, apesar de existirem questões ainda pendentes de apreciação, pode-se notar a relevância das matérias arguidas em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, logo nos primeiros anos de vigência do Novo Código de Processo Civil. Tais julgados servem de importante parâmetro para medir até que ponto o Judiciário vem se imiscuindo em questões estritamente administrativas.

Lado outro, o que se percebeu foi a ausência de interferência em questões centrais. Isso se infere do próprio julgado em matéria previdenciária, que aplicou estritamente o regime constitucional à verba percebida pelos servidores judiciários estaduais, assim como a questão dos arrestos, que, no lugar de ficar livre à decisão de cada juízo em primeira instância, acabou por ser afetada ao regime do IRDR, com o fito de uniformizar a aplicação sobre o tema.

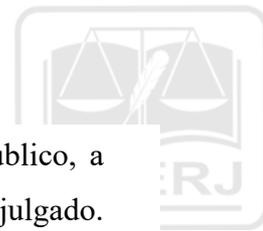
CONCLUSÃO

A pesquisa se debruçou em como a tese fixada por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas poderia influir na separação de poderes em âmbito regional.

A previsão de duas técnicas de julgamento repetitivo (incidente de resolução de demandas repetitivas, em sede regional, e recursos especial e extraordinário repetitivos, nos Tribunais Superiores), permitiu que, ao lado das ações coletivas, o Poder Judiciário brasileiro passasse a julgar sob nova ótica as demandas de massa.

De acordo com o regramento do CPC/2015, por meio do IRDR, é possível que uma questão de direito com repetição em diversos processos possa ser levada ao Tribunal regional que, aferindo a existência dos demais requisitos legais, profira tese fixada a respeito da controvérsia. A tese será aplicada aos processos sobrestados e vinculará os órgãos daquele Tribunal.

<<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.291.00056&>>. Acesso em: 16 set. 2018.



Por vezes, quando a questão afetar matéria ligada a prestação de serviço público, a Administração Pública deverá ser comunicada para que observe o cumprimento do julgado. Essa previsão, somada ao fato de que, hoje, a Fazenda Pública é litigante expressiva nas causas judiciais, permite concluir ser possível que o Poder Judiciário interfira na execução de tarefas típicas do Poder Executivo através de tal mecanismo.

Outrossim, o efeito vinculante consiste em importante mecanismo racionalizador da atividade jurisdicional. Basta ver que, por meio da súmula vinculante, Tribunais e Administração Pública de todo o país passam a estar vinculados a determinado entendimento da Corte Suprema, evitando, assim, que novas discussões fossem levadas aos Tribunais com base nos mesmos argumentos. Contudo, diante da força vinculante a que se atribuía ao enunciado sumular do Supremo Tribunal Federal é que se exigiu a alteração da Constituição para tanto.

Nesse sentido, o mesmo deveria ser exigido dos demais sistemas que prevejam a força vinculante a decisões judiciais, em especial à previsão do artigo 985, § 2º do CPC, dado que apenas com mandamento constitucional é que se poderia cogitar a exceção à separação de poderes e ao contraditório, considerando que, por força desse dispositivo, a Administração deverá cumprir a decisão judicial sem ter sequer participado do debate.

Ademais, de acordo com os primeiros precedentes no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, verifica-se que, de fato, a temática que prepondera são as questões afetas à Administração Pública. Em que pese os julgados não trazerem maiores questões de invasão de competência do Poder Judiciário sobre a seara administrativa, isso não afasta a necessidade de previsão de que o efeito vinculante que reveste a tese do IRDR tenha previsão constitucional, face a exceção à separação dos poderes.

Ultrapassados os óbices técnicos, pode-se concluir que, em poucos anos de vigência do CPC, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem se mostrado como importante método de resolução de conflitos repetitivos em âmbito regional. Ao lado dos diversos mecanismos que o Código traz com o propósito de reforçar o seu caráter vinculante, a tese fixada em sede de IRDR passará a deter importante função de racionalizar a prestação jurisdicional, seja uniformizando o entendimento sobre a questão controvertida, seja obstando que novos processos sobre a mesma discussão prossigam em sede judicial.

Destarte, deve-se prestigiar o uso do referido procedimento, em detrimento de se permitir que, num mesmo Tribunal, vozes contraditórias decidam a mesma questão para lados antagônicos. Daí porque, inclusive no que toca à Administração Pública, com os devidos limites constitucionais, não se afigura crível que o mero uso do IRDR seja, na prática,



obstáculo, mas sim meio de se harmonizar a convivência entre as esferas de poder.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira. A jurisdição na perspectiva publicista e privatista no contexto da solução de demandas individuais de massa – nota sobre o incidente de resolução de ações repetitivas no PLS nº 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 7, nº 7, p. 158-185, jan. jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Carla de Jesus; CARDOSO, Juliana Provedel. As duas técnicas de processo coletivo: ações coletivas e casos repetitivos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, vol. 17, nº 02, p. 85, jul. dez. 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.

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

_____. *Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

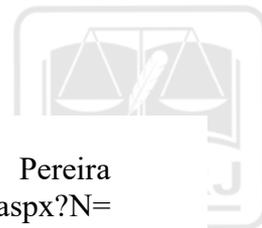
_____. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. *IRDR nº 0023205-97.2016.8.19.0000*. Relator: Desembargador Nildson Araujo da Cruz. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.291.00022&>>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. *IRDR nº 0023484-83.2016.8.19.0000*. Relator: Desembargador Guaraic de Campos Viana. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.291.00030&>>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. *IRDR nº 0026631-20.2016.8.19.0000*. Relator: Desembargadora Monica Maria Costa Di Piero. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.291.00036&>>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. *IRDR nº 0044882-86.2016.8.19.0000*. Relator: Desembargador Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.291.00072&>>. Acesso em: 16 set. 2018.



_____. *IRDR n° 0045980-72.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.291.00072&>>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. *IRDR n° 0065694-18.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador Luiz Zveiter. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.291.00056&>>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. *Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Rcl n° 1880*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=349828>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *IRDR n° 0017256-92.2016.8.19.0000*. Relator: Desembargador Claudio Luiz Braga Dell Orto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201629100009>>. Acesso em: 16 set. 2018.

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

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 15. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

_____; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. V. 4. Salvador: Juspodvm, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

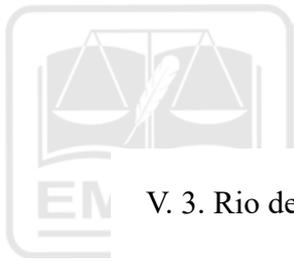
MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 27. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

POMBO, Bárbara. “Núcleo duro do novo CPC é inconstitucional”, diz jurista. *Jota*. Disponível em: <https://jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-21122016>. Acesso em: 11 mar. 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 47. ed. rev., atual. e ampl.



V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Regime das demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil. *Processos nos Tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Maria Amélia Theodoro Boullosa
Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo - Com a evolução da sociedade o Código de Processo Civil de 1973 ficou obsoleto. Restou clara a necessidade de mudança. Referidas modificações se deram ao longo dos anos, para melhor adequação a sociedade contemporânea. A busca do doutrinador e do legislador é o aperfeiçoamento da norma para que o jurisdicionado possa dirimir seus conflitos no menor tempo possível, com a constante busca da eficiência por parte do Poder Judiciário. Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 o Agravo de Instrumento passou a ter seu uso restrito, sendo seu cabimento somente nas hipóteses do artigo 1015. O rol previsto no art. 1.015 do CPC/15 é taxativo. Não se trata de decisão irrecorrível, mas de recorribilidade que poderá acontecer em momento posterior em preliminar de razões recursais ou contrarrazões, pois a parte interessada poderá suscitar o que for cabível, consoante disposição do § 1º do art. 1.009 do CPC/15.

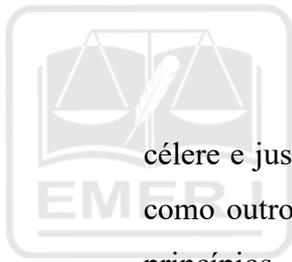
Palavra-chave – Recurso de Agravo de Instrumento. Rol taxativo. Artigo 1015. Recurso. Código de Processo Civil de 2015.

Sumário – Introdução. 1. O recurso de agravo de instrumento e o código de processo civil de 2015. 2. As novas regras para interposição do agravo de instrumento com a entrada em vigor do código de processo civil. 3. Uma proposta de ampliação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o recurso de agravo de instrumento e o código de processo civil de 2015, bem como os princípios constitucionais, que mantêm ampla relação com os recursos. A abordagem dos referidos princípios foram necessários já que regulamenta o andamento do processo e, ainda, para que se possa analisar o Código de Processo Civil de 2015 cujas alterações foram promovidas pela Lei n° 13.256/2015. Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 o Agravo de Instrumento passou a ter seu uso restrito, sendo seu cabimento somente nas hipóteses do art. 1015.

As novas regras para interposição do recurso de agravo de instrumento com a entrada em vigor do código de processo civil fez com que o legislador infraconstitucional, ao elaborar o Código de Processo Civil de 2015, tivesse como foco uma prestação jurisdicional mais



célere e justa para aos que procuram o Poder Judiciário. Dessa forma, o Processo Civil, bem como outros ramos do direito processual, tem seu desenvolvimento disciplinar norteado por princípios, que estão consagrados na Constituição Federal, restando claro que todos os ramos processuais deverão seguir princípios que estão insculpidos na Carta Maior.

O processo constitucional, que enfatiza a importância do devido processo legal, engloba vários princípios insculpidos na Constituição da República, em especial os princípios do contraditório e ampla defesa que norteiam toda a norma infraconstitucional.

O princípio do devido processo legal, expresso no art. 5º, LIV, da CRFB se apresenta como um dos mais importantes princípios constitucionais, resta claro que os demais princípios se sustentam em virtude do devido processo legal. No mesmo dispositivo constitucional surge o princípio do contraditório, isso por que há uma ligação aos dois princípios, já que são garantias constitucionais, ocorrendo um desdobramento.

Foi necessário o estudo do Processo Civil, que surge em Roma como meio de resolver os conflitos entre os direitos privados. Entre tantos movimentos que surgiram o mais conhecido é a Lei das XII Tábuas, que disciplinava sobre direito público e direito privado.

Com a Lei nº 9139 de 30 de novembro de 1995, o recurso de agravo de instrumento passou a denominar-se simplesmente agravo, que admitia o processamento sob a forma de retido ou de instrumento.

Ressaltou-se que o agravo retido era quando a parte, ao invés de se dirigir diretamente ao Tribunal para provocar o imediato julgamento do recurso, volta-se para o juiz da causa, autor do decisório impugnado, e apresentava o recurso, pedindo que permanecesse no bojo dos autos, para que dele o Tribunal conhecesse, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

A Lei nº 9139/95 foi recepcionada com entusiasmo, já que essa conferiu ao regime de agravo mais agilidade. No entanto os agravos passaram a abarrotar os tribunais, muitos deles interpostos temerariamente e com espírito protelatório, tirando tempo da superior instância para os recursos e demais atividades.

Por fim, tem-se que para uma proposta de ampliação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento foi necessário a realização de algumas análises das decisões dos Tribunais do Brasil, chegando-se a recente posição do Superior Tribunal de Justiça que proferiu decisão a respeito de recurso que abrange as possibilidades de interposição do recurso de agravo de instrumento. Ressaltou-se que o artigo 1015 do Código de Processo Civil dispõe somente de algumas hipóteses quanto ao cabimento do recurso em exame. Uma



das questões a ser discutida é sobre a ampliação das hipóteses do rol do artigo 1015. Restando claro que é necessário que se amplie o rol do referido artigo uma vez que as restrições ali existentes não contribuirão para um processo justo e célere.

1.O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Os princípios constitucionais mantêm ampla relação com os recursos. Sem a ampla defesa e o devido processo legal não ocorre o regular andamento do processo. Para que se possa analisar o Código de Processo Civil de 2015 cujas alterações foram promovidas pela Lei nº 13.256/2015, os princípios se tornam essenciais, mais propriamente ao recurso de Agravo de Instrumento que é objeto de exame por esta monografia.

Com a evolução da sociedade, o Código de Processo Civil de 1973 ficou obsoleto. Restou clara a necessidade de mudança. Referidas modificações se deram ao longo dos anos, para melhor adequação a sociedade contemporânea. A busca do doutrinador e do legislador é o aperfeiçoamento da norma para que o jurisdicionado possa dirimir seus conflitos no menor tempo possível, com a constante busca da eficiência por parte do Poder Judiciário.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 o Agravo de Instrumento passou a ter seu uso restrito, sendo seu cabimento somente nas hipóteses do artigo 1015¹. O rol previsto no art. 1.015 do CPC/15 é taxativo. Não se trata de decisão irrecorrível, mas de recorribilidade que poderá acontecer em momento posterior em preliminar de razões recursais ou contrarrazões, pois a parte interessada poderá suscitar o que for cabível, consoante disposição do § 1º do art. 1.009 do CPC/15.

Desta forma, como se pode ver, somente se fala em agravo de instrumento e não há mais que se falar em agravo retido, como era no Código de Processo Civil de 1973. Logo, entendeu o legislador que as hipóteses do artigo 1015 não podem esperar uma futura apelação ou contrarrazão sem que a parte fique prejudicada. No entanto, como não dizer que a parte

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo nº 70075909549*. “AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPRIEDADE INTELECTUAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. DECISÃO QUE NÃO PODE SER OBJETO DE ATAQUE RECURSAL POR INOBSERVÂNCIA DO ROL TAXATIVO DEFINIDO NO ART. 1.015 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. (Agravo Nº 70075909549, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 22/02/2018). (TJ-RS - AGV: 70075909549 RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Data de Julgamento: 22/02/2018, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/02/2018)”. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site>>. Acesso em: 19 dez. 2017.



não ficará prejudicada em hipóteses fora dos incisos do referido artigo, quando somente poderá recorrer caso seja possível apelar ou contrarrazoar?

O processo constitucional, que enfatiza a importância do devido processo legal, engloba vários princípios insculpidos na Constituição da República, em especial os princípios do contraditório e ampla defesa que norteiam toda a norma infraconstitucional.

A intenção do legislador infraconstitucional ao elaborar o Código de Processo Civil de 2015 foi no sentido de uma prestação jurisdicional mais célere e justa para aos que procuram o Poder Judiciário. Dessa forma, o Processo Civil, bem como outros ramos do direito processual, tem seu desenvolvimento disciplinar norteado por princípios, que estão consagrados na Constituição Federal, restando claro que todos os ramos processuais deverão seguir princípios que estão insculpidos na Carta Maior.

Gilmar Ferreira Mendes² em sua obra explica que:

O direito ao contraditório e à ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, tem âmbito de proteção de caráter normativo, o que, de um lado, impõe ao legislador o dever de conferir densidade normativa adequada a essa garantia e, de outro, permite-lhe alguma liberdade de conformação. Ao regular o direito ao contraditório e à ampla defesa não pode o legislador desequilibrar os interesses e as partes em conflito, estabelecendo os meios necessários para que se atinja o equilíbrio entre estas, garantindo, assim, tratamento paritário entre as partes no processo.

Referida imposição constitucional resta cristalina no Art. 1º do Código de Processual Civil que culmina, conseqüentemente, no princípio do devido processo legal que é o núcleo, o qual gira em seu entorno os demais princípios constitucionais.

O estudo do Processo Civil surge em Roma como meio de resolver os conflitos entre os direitos privados. Entre tantos movimentos que surgiram o mais conhecido é a Lei das XII Tábuas, que disciplinava sobre direito público e direito privado. Para os Romanos não se dissociava direito e ação, já que o direito poderia surgir da ação. Por tal motivo, o Direito Romano é processual, sendo uma atividade jurisdicional do Estado. No direito Romano o pretor com sua decisão colocava fim ao processo. A decisão interlocutória não tinha espaço antes da sentença.

Os recursos, das decisões interlocutórias, surgem na época dos severos. Nesse momento se permite a apelação. Nos períodos da República e do Principado as sentenças eram inapeláveis.

A breve exposição acima foi necessária, no sentido de que a evolução da sociedade faz com que o legislador modifique as normas processuais ao longo do tempo, o que não seria

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 2974



diferente com o agravo de instrumento, que surgiu com D. Afonso IV, em virtude da proibição de apelar das decisões interlocutórias.

Com a Lei nº 9139 de 30/11/1995, o recurso de agravo de instrumento passou a denominar-se simplesmente agravo, que admitia o processamento sob a forma de retido ou de instrumento. Importante lembrar que, nos dizeres de Humberto Theodoro Junior³, Agravo é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias – art. 522, do CPC/73 -⁴, ou seja, contra os atos pelos quais “o juiz, no curso do processo resolve questão incidente” – art. 162, §2º, CPC/73.⁵

A partir da Lei nº 9139/95, o agravo de instrumento era despachado pelo relator, já em segunda instância, que apreciava o cabimento da pretensão do agravante de obter suspensão imediata dos efeitos do ato impugnado, - art. 527, II, do CPC/73.⁶

A Lei nº 9139/95 foi recepcionada com entusiasmo, já que a mesma conferiu ao regime de agravo mais agilidade. No entanto os agravos passaram a abarrotar os tribunais, muitos deles interpostos temerariamente e com espírito protelatório, tirando tempo da superior instância para os recursos e demais atividades que lhe são inerentes.⁷

Com isso surge a Lei nº 10352 de 2001 que alterou mais uma vez o CPC/73. Referida lei manteve os fundamentos da Lei nº 9139 /95 introduzindo poucas alterações no agravo tendentes a amenizar o impacto que o enorme número de recursos causava nos tribunais ad quem, onde eram propostos.

A Lei nº 10.352/2001 alterou o artigo 527, III do CPC/73 fazendo referência a possibilidade de o relator atribuir efeito suspensivo ao recurso.

Com o advento da Lei nº 11.187/2005 o agravo de instrumento sofreu uma nova sistemática que visava maior celeridade e eficácia do processo, pretendendo inibir recursos

³ THEODORO JUNIOR. Humberto. *recursos*. Direito Processual Civil ao Vivo. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 1996. p. 119

⁴ BRASIL. op. cit. nota 3. "Art. 522 - Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento. Parágrafo único - O agravo retido independe de preparo."

⁵ Ibid. "Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. (Redação dada pelo Lei nº 11.232, de 2005). § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente."

⁶ BRASIL. op. cit. nota 3. Art. 527 - Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, se não for caso de indeferimento liminar (art. 557), o relator: I - poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; II - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), comunicando ao juiz tal decisão;

⁷ ARRUDA. op. cit. p. 49



protelatórios, fortalecendo o princípio da razoável duração do processo e não comprometendo a segurança jurídica exigida para um processo justo, cumprindo assim, sua função social.⁸

A principal novidade da Lei nº 11.187/05 foi a de instruir o regime de retenção obrigatória do agravo, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão de grave ou de difícil reparação, bem como, nos casos de inadmissão da apelação e nos referentes aos efeitos em que a apelação é recebida, art. 522.

A Lei nº 12.322 de 2010⁹ alterou os artigos respectivos do CPC/73 no que se refere ao agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial quando o recurso em comento acontece nos próprios autos.

2. AS NOVAS REGRAS PARA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO COM A ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme se demonstrou com as Leis acima, o agravo sofreu alterações significativas e ainda, se desdobrou em agravo de instrumento e agravo retido. Entre as modalidades, conforme dispositivos legais apresentados, os agravos poderiam ser: de instrumento (nos casos de urgência e difícil reparação), retido (que seria analisado no memento de uma apelação), inominado (interposto contra decisão monocrática) e o regimental (constante do regimento interno dos Tribunais).

Com a intenção de uma Justiça mais célere bem como a devida prestação jurisdicional foi realizada a reforma do Processo Civil, entretanto, se faz necessário estabelecer um debate acerca do rol taxativo do agravo de instrumento, que está estabelecido no artigo 1015 e incisos do CPC de 2015, uma vez que, referido rol não deixa escolha ao

⁸ ALVIM. Eduardo Arruda . *Atualidades do Processo Civil*. Curitiba: Juruá. 2007. p. 35

⁹ BRASIL. *Lei nº 13222 de 2010*. Disponível em: <www.planalto.com/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12322.htm> Acesso em 17 dez 2017. “Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. § 1º O agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido. § 3º O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008. § 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; II - conhecer do agravo para: a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.”

jurisdicionado para que determinadas decisões interlocutórias possam ser sim objeto de recurso por meio de agravo de instrumento, quando a parte se sentir prejudicada.

Nelson Nery Jr e Rosa Nery¹⁰, segundo informações trazidas no livro de Eduardo Arruda Alvim afirmam que;

Quando existe agravo pendente de julgamento e sobrevém sentença, não há necessidade de o agravante apelar da sentença, pois a eficácia deste *decisum* é condicionada ao desprovimento do agravo. Com muito maior razão, *a fortiori*, essa eficácia condicionada existe para todos os demais recursos que tiverem sido efetivamente interpostos posteriormente ao agravo. Assim, se o agravo ainda pende de julgamento, mas sobreveio sentença da qual houve apelação, embargos infringentes, recurso extraordinário ou recurso especial, todos estes recursos supervenientes, interpostos posteriormente ao agravo, ficam com suas eficácias condicionadas ao desprovimento do agravo.

Nesse sentido, importante refletir quanto à necessidade de se apreciar o agravo de instrumento mesmo quando interposto sob os requisitos expressos nos incisos do artigo 1015, como se apreciará no presente trabalho.

3. UMA PROPOSTA DE AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

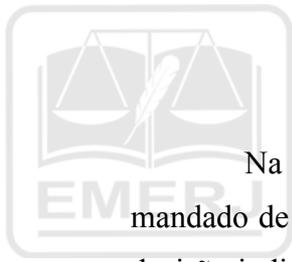
Conforme dito anteriormente, o mandado de segurança é o instrumento processual que vem sendo utilizado pelos advogados contra decisão interlocutória que esteja fora do rol do art. 1015 e, conseqüentemente, não fosse possível a interposição do recurso de agravo de instrumento. Ou seja, contra o ato do juiz o art. 5º, inciso II da Lei nº 12.016/09 autoriza a impetração do mandado de segurança. No entanto, os Tribunais de todo o país vêm se posicionando no sentido de não ser possível a impetração de mandado de segurança para se alcançar o objeto do art. 1015 do CPC/15.

Doutrina e jurisprudência vêm se posicionando quanto à impetração do mandado de segurança. Na fala do professor Scarpinella Bueno¹¹ é necessário verificar se o rol do art. 1015 é o suficiente para as lides que ocorrem diariamente na vida forense.

No máximo, será bem-vinda, justamente para não generalizar o emprego do mandado de segurança como sucedâneo recursal interpretação ampliativa das hipóteses do art. 1015, sempre conservando, contudo, a razão de ser de cada uma das hipóteses para não generalizá-las indevidamente.

¹⁰ NERY JR; apud ALVIM. op. cit. p 902

¹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado 2015*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 653



Na edição da Súmula 267, o Supremo Tribunal Federal dispõe que, “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”, portanto, caso a decisão judicial não possa ser enfrentada por agravo de instrumento não a torna irrecurável. Nesse sentido, segue decisão nos termos da Súmula 267¹²:

A jurisprudência dos Tribunais de todo o país vem se posicionando no mesmo sentido de que o mandado de segurança não é o instrumento processual cabível nos casos em que queira se atacar decisão que esteja fora do rol do artigo 1015 do CPC/15. Segue jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo no mesmo sentido.¹³

Com o mesmo posicionamento se coloca o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁴ a respeito da impetração do mandado de segurança contra decisões interlocutórias que não estejam no rol do artigo 1015 do CPC/15:

Dessa forma, observa-se que não é possível a impetração do mandado de segurança como substituto do recurso de agravo de instrumento que estejam fora das hipóteses do rol taxativo do art. 1015 do CPC/15.

O Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que o mandado de segurança não pode substituir o recurso, não cabendo o seu manejo contra ato judicial que seja cabível recurso.

O legislador se limitou ao rol do artigo 1015 do CPC/15 não optando por sua extensão em virtude de um processo mais célere, no entanto sem a ampliação dos incisos do referido artigo as partes correm o risco de terem seus direitos paralisados, pois, - repita-se -, terão que aguardar para pleitear seu direito em preliminar de uma futura apelação ou contrarrazões.

Não faz sentido referido rol ser taxativo, uma vez que situações podem ocorrer em que o caso a ser debatido ultrapasse o rol do artigo 1015.

Em determinadas situações existe a necessidade de ser ter uma resposta imediata, uma vez que a demora excessiva do processo, dentro do que foi apresentado, pode esbarrar no

¹² Idem. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Recurso Ordinário. *Mandado de Segurança 14537/PR*. Ministro Carlos Fernando Mathias – Juiz convocado do TRF 1ª Região. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/portaltf1/pagina-inicial.htm>> Acesso em: 12 nov. 2018.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Mandado de Segurança 2173283-06.2018.8.26.0000*. Relatora: Maria Laura Tavares. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em: 12 nov. 2018.

¹⁴ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Processo nº 0021622-90.2018.8.16.0000*. Relator: Domingos Ribeiro da Fonseca. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000006493592/Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-021622-90.2018.8.16.0000#>>> Acesso em: 12 nov. 2018.

princípio constitucional da razoável duração do processo, bem como o princípio do acesso à justiça.

Nesse sentido, importante apontar que a responsabilização do Estado também está no contexto, tendo em vista a demora excessiva do processo, o que não é aceitável nos dias atuais. Referida demora se baseia do fato de ocasionar dano a parte interessada em virtude da conduta culposa do ente público, que prestou serviço imperfeito, tendo em vista a morosidade.

Algumas demandas necessitam de resposta imediata para que possam seguir o seu curso com a devida prestação jurisdicional. Como exemplo cita-se as causas do art. 109, inciso I, parte final da CRFB, no caso de ocorrer declínio de competência em virtude do magistrado da Justiça Estadual, erroneamente, declinar para a Justiça Federal por entender que acidente de trabalho é de competência desta última.

Não restam dúvidas que o recurso de agravo de instrumento sofreu alterações significantes no CPC/73. Previa os dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 o agravo de instrumento e o agravo retido, sendo certo que ao longo de 20 anos de reformas o agravo sofreu várias alterações. As decisões interlocutórias eram recorríveis, a exceção do art. 527, parágrafo único do CPC/73.

São diversas as decisões a respeito da possibilidade do recurso de agravo de instrumento para que se possa interpor referido recurso fora do rol do artigo 1015 do CPC/15. Por outro lado decisões que são contrárias a possibilidade de se estender o rol também tem sua parcela na jurisprudência.

Inicialmente destaca-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, uma vez que a Corte vem se posicionando no sentido de que o rol do artigo 1015 pode ser extensivo. No Recurso Especial nº 1694667/PR o STJ decide pela possibilidade de interpor Agravo de Instrumento contra decisões que não concedem efeito suspensivo aos Embargos à Execução.¹⁵

Muito embora o rol do referido artigo seja taxativo nada obsta a interpretação extensiva.

Fred Didier¹⁶ explica em sua obra que:

As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora

¹⁵ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1694667/PR*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AGRAVO+E+INSTRUMENTO+E+TAXATIVO+E+ARTIGO+1015&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 08 nov. 2018

¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, 13. ed. JusPodivm, p. 209



taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos.

A questão do REsp nº1694667/PR é clara tratando-se da interpretação extensiva do rol do artigo 1015, inciso X do CPC/15. Assim decidiu a 2ª Turma¹⁷:

Processual civil. Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedido de concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução. Possibilidade. Art. 1.015, X, do CPC/2015. Interpretação extensiva. Isonomia entre as partes. Paralelismo com o art. 1.015, I, do CPC/2015. Natureza de tutela provisória. [...] 4. A situação dos autos reclama a utilização de interpretação extensiva do art. 1.015, X, do CPC/2015.

Logo, observa-se que, a 2ª Turma se posicionou no sentido de ser dada interpretação extensiva ao comando do art. 1015, inciso X do CPC/2015, para que se reconheça, no caso em exame, a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento nos casos de decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução.

A decisão abaixo, julgada em 30 de novembro de 2017 pelo Órgão Julgador da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, com registro de acórdão nº 1064447 se posiciona no sentido de que o agravo de instrumento deve se limitar ao seu rol taxativo.¹⁸

Não é diferente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que segue o mesmo entendimento de que o rol do artigo 1015 do CPC/15 é taxativo¹⁹:

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁰ tem o entendimento de não ser possível a recorribilidade fora do rol taxativo do art. 1015 do CPC/15, portanto, não cabe interpretação extensiva.

Destaca-se que parte da doutrina e da jurisprudência admite a interpretação extensiva do rol estabelecido no Código de Processo Civil, em determinados casos. Por outro lado, outra parte da jurisprudência entende que a taxatividade do rol previsto no art. 1015 da Lei nº 13.015/2015 deve ser respeitada. Importante ressaltar que a celeridade do processo fica comprometida.

Não é diferente no Tribunal do Rio Grande do Sul²¹ que também segue o posicionamento de que o rol do artigo 1015 é taxativo.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Processo nº 07120912220178070000 - (0712091-22.2017.8.07.0000 - Res. 65 CNJ)*. Relator: SANDOVAL OLIVEIRA. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br>> Acesso em: 07 nov 2018.

¹⁹ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0052086-16.2018.8.19.0000*. Relator: Renata Machado Cotta. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS>> Acesso em: 07 nov. 2018.

²⁰ Idem. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 2064026-46.2018.8.26.0000*. Relator: Irineu Fava. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg>> Acesso em: 08 nov. 2018.

²¹ Idem. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70079697041*. Relator: Eduardo João Lima Costa. Disponível em:

<<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 14 nov. 2018.



Noutro giro destaca-se decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais²² que também não admite o recurso de agravo de instrumento contra decisão que esteja fora do rol do dito artigo, segue:

A ministra Nancy Andrighi, relatora, no seu longo voto assenta a mitigação da taxatividade do rol dos incisos previstos no artigo 1015 do CPC/15. Em virtude dos Recursos Especiais n^{os} 1.704.520 e 1.696.396 o STJ despertou a atenção para o julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos, que tem a relatoria da ministra Nancy Andrighi. A controvérsia é justamente sobre a interpretação extensiva do rol do artigo 1015 do CPC/15 quando de decisão interlocutória que não estejam expressas nos incisos do referido artigo. O tema foi cadastrado²³ como forma de definir a natureza do rol do artigo 1015 do CPC/15.

Nessa ordem de ideias segue abaixo decisão da Ministra Maria Isabel Gallotti²⁴ que se coloca no sentido de que muito embora o rol do art. 1015 seja expresso sua interpretação deve ser analógica ou extensiva.

Agravo interno. Agravo de instrumento. Direito privado não especificado. Ação de cobrança. Declinação de competência. Decisão não agravável. Ausência de previsão no rol do art. 1015 do NCPC. Decisão que versa sobre a declinação da competência não está elencada nas hipóteses do art. 1.015 do NCPC/15. Negado provimento ao agravo interno. Unânime. [...] em face do exposto, dou provimento ao recurso especial para, superado o cabimento do agravo de instrumento, determinar que o tribunal de origem prossiga no julgamento do recurso.

Por todo o exposto, verifica-se que é inevitável reconhecer que tanto doutrina quanto jurisprudência se coloca no sentido de que há a necessidade de se colocar à disposição alguma forma mais célere de impugnação às decisões interlocutórias. Sendo importante lembrar que a demora pode ter como consequência danos ao jurisdicionado, bem como ao processo, além de poder ser tarde demais aguardar a definição do julgamento, somente em preliminar de apelação, na forma do art. 1009, §1º do CPC/15.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito no que diz respeito ao rol taxativo do artigo 1015 do CPC/15, uma vez que somente caberá o

²² Idem. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo Interno n^o 1.0024.12.269819-4/002. Relatora: Mônica Libânio. Disponível em: < <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia> > Acesso em: 14 nov. 2018

²³ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Registro n^o201702719246*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em: 08 nov. 2018.

²⁴ Idem. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n^o 1742339. Ministra: Maria Isabel Gallotti. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em: 14 nov. 2018.



recurso de agravo de instrumento quando as decisões interlocutórias estiverem elencadas no referido artigo.

De um lado, o Código de processo Civil de 2015 que buscou celeridade processual e, portanto, modificou o artigo 522 do Código de Processo Civil de 1973 que disciplinava sobre o agravo de instrumento. Destaca-se que o artigo 522 era bem aberto, uma vez que referido recurso poderia ser interposto quando a decisão era suscetível de causar à parte lesão de grave e de difícil reparação. Também era possível a interposição do referido recurso quando não se possibilitava a interposição do recurso de apelação; de outro lado decisões que não estão dispostas no artigo 1015, mas necessitam de que se tenha decisão naquele momento, não sendo possível aguardar futura apelação ou contrarrazões.

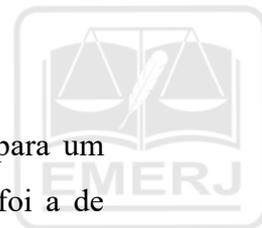
Fruto das reflexões fundamentais que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão da necessidade de se estender o rol do artigo 1015, uma vez que a interpretação extensiva garantirá ao jurisdicionado um processo célere e adequado a sua demanda. Na prática, a quase totalidade das decisões monocráticas, e mesmo os votos dos Relatores, demonstram que deve-se pautar a taxatividade do rol do artigo 1015, já que a literalidade da lei é que se sobrepõe, uma vez que ali está o que o legislador achou por bem.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que não há que se fazer uma interpretação taxativa do rol do artigo 1015 do CPC/15. Há que se oportunizar a interpretação extensiva ao jurisdicionado. Destacando que a função do Poder Judiciário é a de prestação de um serviço ágil e eficiente.

Observou-se no segundo capítulo que o Código de Processo Civil vem sofrendo alterações desde o direito Romano que se iniciou com as Leis das XII Tábuas, em virtude da necessidade da sociedade que muda sua forma e jeito de pensar.

Com o advento da Lei nº 9139 de 30/11/1995, o recurso de agravo de instrumento passou a denominar-se agravo, que podia ser retido ou de instrumento, este último interposto diretamente no tribunal. O agravo retido volta-se para o juiz da causa, autor do decisório impugnado, e apresentava o recurso, pedindo que permanecesse no bojo dos autos, para que dele o tribunal conhecesse. A Lei nº 9139/95 conferiu ao regime de agravo mais agilidade. No entanto os agravos passaram a abarrotar os tribunais. Com isso surge a Lei nº 10.352 de 2001 que alterou o CPC/73. Destaca-se que a Lei nº 10352 de 2001 manteve os fundamentos da Lei nº 9139 /95, as alterações eram poucas.

Surge a Lei nº 11.187/2005 a qual promoveu uma nova sistemática ao agravo de instrumento, visando maior celeridade e eficácia ao processo, fortalecendo o princípio da



razoável duração do processo e não comprometendo a segurança jurídica exigida para um processo justo, cumprindo com a função social. A novidade da Lei nº 11.187/05 foi a de instruir o regime de retenção obrigatória do agravo.

A Lei nº 12.322 de 2010 alterou os artigos do CPC/73 no que se refere ao agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial quando o recurso em comento acontece nos próprios autos.

Por fim surge a Lei nº 11.419 de 2006 que determinou a interposição por meio eletrônico. Com as Leis acima expostas, observa-se que o recurso de agravo de instrumento sofreu significativas alterações, se desdobrando em agravo de instrumento e agravo retido.

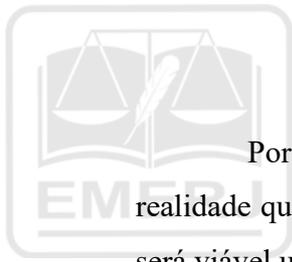
A responsabilização do Estado também está no contexto, tendo em vista a demora excessiva do processo, o que não é aceitável nos dias atuais. Referida demora se baseia do fato de ocasionar dano a parte interessada em virtude da conduta culposa do ente público, que prestou serviço imperfeito, tendo em vista a morosidade.

Exemplos foram citados no presente trabalho como o caso de uma decisão interlocutória que decline a competência de demanda que verse sobre matéria atribuída a Justiça Comum Estadual e não a Justiça Federal, por equívoco, e, ainda assim, em sede de juízo de reconsideração, o magistrado entenda que deva ocorrer o declínio de competência, certo é que causará prejuízo a parte em virtude da demora.

A doutrina também se posiciona no sentido de que o rol do artigo 1015 tem que ser interpretado de forma restrita, devendo-se respeitar o que o legislador quis dizer, devendo as demais decisões interlocutórias, que não admitam o recurso de agravo de instrumento, ser impugnadas na forma do art. 1009, ou seja, em sede de preliminar de apelação ou em contrarrazões.

Com todas essas situações o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no sentido de que existe a necessidade de uma interpretação extensiva. Na fundamentação do Recurso Especial nº 1.679.909, que autoriza a interposição do agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que trata de competência, em virtude de uma aplicação analógica ou extensiva do artigo 1015, inciso III do Código de Processo Civil de 2015.

A interpretação extensiva se revela necessária e prudente, uma vez que a correta adequação para a solução da controvérsia não poderá girar somente em torno do rol do artigo 1015 do CPC/15, o que irá resolver as diversas confusões já existentes nos tribunais de todo o país.



Por tais motivos, no presente trabalho, defende-se a alteração da lei, tendo em vista a realidade que se observa acerca dos recursos das decisões interlocutórias, pois somente assim será viável um modelo de cabimento de recurso de agravo de instrumento mais extensivo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda . *Atualidades do Processo Civil*. Curitiba: Juruá. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo nº 70075909549*. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Mandado de Segurança 2173283-06.2018.8.26.0000*. Relatora: Maria Laura Tavares. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1694667/PR. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AGRAVO+E+INSTRUMENTO+E+TAXATIVO+E+ARTIGO+1015&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 08 nov. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Registro nº201702719246*. Relator: Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?> > Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1742339*. Ministra: Maria Isabel Gallotti. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br> > Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Recurso Ordinário. *Mandado de Segurança 14537/PR*. Ministro Carlos Fernando Mathias – Juiz convocado do TRF 1ª Região. Disponível em: < <http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm> > Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Processo nº 0021622-90.2018.8.16.0000*. Relator: Domingos Ribeiro da Fonseca. Disponível em: < <https://portal.tjpr.jus.br/> > Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Processo nº 07120912220178070000 - (0712091-22.2017.8.07.0000 - Res. 65 CNJ)*. Relator: SANDOVAL OLIVEIRA. Disponível em: < <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br> > Acesso em: 07 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 2064026-46.2018.8.26.0000*. Relator: Irineu Fava. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg>> Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70079697041*. Relator: Eduardo João Lima Costa. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?>> Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo Interno nº 1.0024.12.269819-4/002*. Relatora: Mônica Libânio. Disponível em: < <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 14 nov. 2018



_____. *Lei nº 13222* de 2010. Disponível em: <www.planalto.com/ccivil_03> Acesso em 17 dez 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado 2015*. 3. ed. São Paulo. Saraiva. 2015.

DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. v3. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JUNIOR. Humberto. *RECURSOS. Direito Processual Civil ao Vivo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide. 1996.



REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL NA PESSOA DO SÓCIO

Maria Luiza Pinto

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduada em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo – O instituto do redirecionamento da execução na pessoa do sócio gerente foi incorporado pelo ordenamento jurídico vigente no inciso III do art. 135 do CTN, e por ser extremamente efetivo ao processo de cobrança executiva promovido pela fazenda pública, é alvo de constante debate pela doutrina e jurisprudência. O presente artigo científico procura discernir a natureza jurídica do instituto com o objetivo de facilitar a compreensão de sua execução na prática jurídica, bem como confirmar a desnecessidade de instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica. Assim, a partir do enfrentamento dessas questões, poder-se-á concluir que o redirecionamento encerra verdadeira hipótese de substituição tributária, e além de ser extremamente simples, permite que em casos como o da dissolução irregular de empresas, a falta de comunicação do encerramento, não seja empecilho ao fisco para obter o ressarcimento ao erário de débitos fiscais existentes, na data do encerramento efetivo das atividades.

Palavras-chave – Direito Tributário. Execução Fiscal. Redirecionamento.

Sumário – Introdução 1. O redirecionamento da execução fiscal e a controvérsia acerca da natureza jurídica da responsabilidade atribuída ao sócio gerente que agiu com excesso de poderes. 2 Das hipóteses de responsabilização do sócio: atos praticados com excesso de poderes; infração da lei, contrato social ou estatutos e dissolução irregular. Uma interpretação que impede o redirecionamento em caso de mero inadimplemento. 3 Da desnecessidade de instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica e o respeito aos princípios da ampla defesa e contraditório e contraditório no redirecionamento da execução fiscal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado pretende demonstrar as hipóteses legais em que é permitido aplicar o redirecionamento da execução fiscal. Também discorrerá acerca da interpretação extensiva que a jurisprudência realiza ao considerar a dissolução irregular da sociedade como uma outra hipótese de cabimento do instituto. Por fim, pretende-se afastar a necessidade do prévio incidente de descon sideração da personalidade jurídica, quando sobrevindo os requisitos específicos para o redirecionamento. Porquanto busca-se conferir uma interpretação sistemática da intenção do legislador ao prever um instituto inovador no ordenamento jurídico.

O redirecionamento da execução fiscal na pessoa do sócio administrador é um instituto previsto no inciso III do Art. 135 da Lei nº 5.172 de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN),

inserida no ordenamento jurídico com status de complementar. Este dispositivo permite o atingimento dos bens da pessoa do sócio/administrador sem a necessidade de realização da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, na qual foram praticados atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos.

A aplicação do instituto tal como previsto no CTN, ao dispensar a observância do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, permite o encurtamento de um procedimento moroso que, por vezes, contribui para o insucesso na responsabilização dos sócios que agem com dolo, sob o manto da proteção do patrimônio pessoal destes escudado na pessoa jurídica da sociedade.

Neste sentido, tem-se que a imposição legal do art. 135, inciso III do CTN, ao permitir o redirecionamento, suprime a necessidade de suspensão processual do processo, e basta, para tanto, a inclusão do nome do sócio administrador da sociedade na certidão de dívida ativa.

Importante frisar que, além das hipóteses legais previstas no referido artigo, a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores admite o redirecionamento da execução fiscal sempre que a sociedade se dissolver irregularmente, e deixar de funcionar no seu domicílio fiscal sem a comunicação aos órgãos competentes, o que legitima o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. Tal entendimento é enunciado de súmula do STJ, sob o número 435, e preconiza o seguinte “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio gerente”.

Dessa forma, pode-se observar que o redirecionamento da execução fiscal foi criado pelo legislador para tornar mais eficiente a atividade da fazenda pública na persecução dos créditos dela, motivo pelo qual não se pode admitir que o referido instituto prescindir de prévia desconsideração da personalidade jurídica, sob pena de descaracterização da *ratio* perquirida pelo legislador.

No primeiro capítulo, aborda-se a controvérsia acerca da natureza jurídica da responsabilidade do sócio que age com excesso de poderes. Neste sentido, busca-se a correta compreensão do instituto, à medida que se diferencia o instituto do redirecionamento ao da desconsideração da personalidade jurídica.

Segue-se ponderando no segundo capítulo qual seria a interpretação dada no tocante à configuração do excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, haja vista serem esses conceitos jurídicos indeterminados, bem como o afastamento da possibilidade de redirecionamento da execução fiscal na hipótese de mero inadimplemento tributário. Ademais além das previsões legais, faz-se a abordagem da possibilidade de se redirecionar o executivo, quando a dissolução irregular de uma empresa dificulta a cobrança de seus débitos, hipótese



esta consagrada pela jurisprudência.

O terceiro capítulo desvenda o alcance do instituto do redirecionamento da execução fiscal, e demonstra a desnecessidade de instauração prévia da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que há o respeito aos postulados da ampla defesa e contraditório, sendo, portanto, ilógico tornar moroso um instituto criado para ser eficiente e efetivo.

O presente trabalho de pesquisa será realizado pelo método hipotético-dedutivo e realizará testes a fim de delimitar as hipóteses que solucionam os problemas de pesquisa, sendo certo que na medida em que algumas hipóteses forem sucumbindo, serão refutadas e novamente serão iniciados os testes.

Por fim, o trabalho científico se baseará na pesquisa jurídica qualitativa, e pretende usar todo o material obtido na fase preliminar de compreensão do tema problematizado para fundamentar a tese, qual seja aquele: legislação; doutrina e jurisprudência.

1.O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL E A CONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA AO SÓCIO GERENTE QUE AGIU COM EXCESSO DE PODERES

O redirecionamento da execução fiscal na pessoa dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado decorrente de atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos encerra verdadeira controvérsia acerca da natureza jurídica de tal responsabilidade a ser imputada ao sócio que atuou fora do contexto legal permitido.

Inicialmente, pode-se afirmar, que esta responsabilidade não decorre do mero inadimplemento de tributos, mas sim de imposição legal prevista no inciso III do art.135¹ do CTN, que delimita os casos em que é possível realizar o redirecionamento da execução fiscal.

Ademais, é preciso compreender a natureza jurídica da referida responsabilidade para melhor entender o alcance do dispositivo, e conseqüentemente esclarecer a controvérsia existente acerca da necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse contexto, tem-se que parte da doutrina afirma haver responsabilidade solidária do sócio e da pessoa jurídica, conforme pode se observar nas palavras de Cláudio Carneiro²

¹Art 135: São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

III os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado

²CARNEIRO, Cláudio. *Curso de direito tributário e financeiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014, p.572.

“[...]a responsabilidade é solidária entre a pessoa jurídica e a pessoa física. A responsabilidade do art. 135 não exclui a responsabilidade da pessoa jurídica, daí admitir-se que a pessoa jurídica tenha direito a ação de regresso em face do responsável”. Decorre deste raciocínio que: o sócio que agiu com excesso de poderes responderá solidariamente com a pessoa jurídica; e sócio e pessoa jurídica constarão na certidão de dívida ativa - CDA.

O ilustre Sacha Calmon³ divergindo deste entendimento, afirma que a responsabilidade prevista no inciso III do art. 135 do CTN é verdadeira hipótese de substituição tributária, e parece ser tal o posicionamento que mais se amolda à *ratio* do dispositivo legal. Para o autor, o inciso III do art. 135 do CTN transfere a responsabilidade a terceiros, e libera a de seus dependentes e representados.

Neste sentido, o ilustre Sacha Calmon⁴ segue afirmando que a responsabilidade é pessoal, e não há solidariedade:

[...]no RE N ° 85.241 (RTJ vol.85, p.946), referendando acórdão do TA-SP, ficou entendido no STF que “a responsabilidade executória por débito fiscal está, hoje, disciplinada pelo Código Tributário Nacional. Além do sujeito passivo da obrigação tributária, responsável primário, admite o Código a responsabilidade solidária de terceiros (art.134) e a responsabilidade por substituição (art.135). Na questão da responsabilidade dos sócios, por dívidas da sociedade, dispôs o Código que a solidariedade advém de sua intervenção nos atos ou pelas omissões de que forem responsáveis (art.134) e que a substituição ocorre quando a obrigação tributária advém ou é resultante de atos praticados com excesso de poderes, ou infração da lei, contrato social, ou estatutos (art. 135)[...].

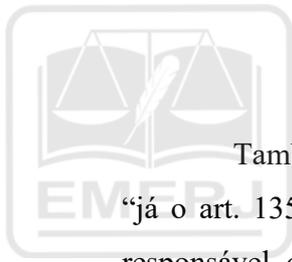
Porquanto, verifica-se que o objetivo do legislador, ao criar o instituto, foi responsabilizar diretamente os sócios gerentes, que tenham praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, ou tinham poderes de gerência quando dissolvida irregularmente a sociedade.

Assim, a simples inclusão do nome destes sócios responsáveis na CDA já seria suficiente para executá-los pessoalmente, pois esta possui presunção relativa de certeza e liquidez.

Tal raciocínio é obtido pela interpretação sistemática do art. 204 do CTN que preconiza” a dívida regularmente inscrita na certidão de dívida ativa goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída”, bem como do art. 3º da Lei nº 6.830/80 que afirma que “a dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez”.

³CALMON NAVARRO COELHO, Sacha. *Curso de direito tributário brasileiro*.14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 638.

⁴Ibid.,



Também é assim, a compreensão do instituto feita por Aliomar Baleeiro⁵, que afirma: “já o art. 135 transfere o débito, nascido em nome do contribuinte, exclusivamente para o responsável, que o substitui, inclusive em relação às hipóteses mencionadas no art 134.”.

Sendo assim, e considerando a controvérsia existente na doutrina demonstrada pelos ilustres Claudio Carneiro⁶, Sacha Calmon⁷ e Aliomar Baleeiro⁸ acerca da natureza jurídica da responsabilidade do sócio gerente, filiamo-nos a última corrente defendida pelos ilustres Sacha Calmon e Aliomar Baleeiro de que afirma ser a responsabilidade exclusiva do terceiro, e não solidária com a pessoa jurídica.

Perceba-se que dessa forma o referido sócio terá seu nome incluído na CDA, juntamente com os fundamentos legais que permitem tal inclusão, quando então, poderá se executar e excutir o patrimônio dele que agiu com excesso de poderes, sendo resguardado a este, sempre, a submissão aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, que serão exercidos por meio de embargos à execução.

Ademais, e por se tratar de norma de cunho eminentemente de direito material, os requisitos a serem observados para o redirecionamento devem ser os elencados no art. 135 do CTN que divergem totalmente do requisito de natureza processual, qual seja este: a necessidade de instauração do procedimento de descon sideração da personalidade jurídica, mediante prévia suspensão processual.

Porquanto, imprescindível para realizar o redirecionamento da execução fiscal com a estrita observância das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, é fazer constar na CDA o nome do sócio gerente que agiu com excesso de poderes, o fundamento legal que justifique a inclusão do nome do sócio na CDA, e não a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica.

Dessa forma, pode-se concluir que sobrevivendo a ocorrência dos requisitos descritos no *caput* do artigo, ou ainda, quando dissolvida irregularmente a sociedade, legitimado estará o redirecionamento da execução fiscal, afigurando-se, pois, desnecessária a suspensão processual, e a consequente instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica do sócio.

2. DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO DO SÓCIO: ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES; INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS E

⁵BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1160.

⁶CARNEIRO, op.cit., p.572.

⁷CALMON NAVARRO COELHO, Sacha. *Curso de direito tributário brasileiro*.14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 638.

⁸BALEEIRO, op. cit., p. 1160.

DISSOLUÇÃO IRREGULAR. UMA INTERPRETAÇÃO QUE IMPEDE O REDIRECIONAMENTO EM CASO DE MERO INADIMPLEMENTO

A responsabilidade tributária imposta ao sócio-administrador, prevista no inciso III do art. 135 do CTN⁹, ocorrerá sempre que observada qualquer uma das hipóteses mencionadas no dispositivo, e também quando ocorrer a dissolução irregular da sociedade.

O sócio gerente será responsável, quando verificada a dissolução irregular da sociedade, ou comprovada infração à lei praticada – deliberadamente – por ele. Assim, o ato de não pagar o débito fiscal apurado não necessariamente incorrerá na responsabilidade do sócio, pois prescinde de prova do dolo e proveito. Veja-se das palavras do ilustre Sacha Calmon¹⁰:

[...] este artigo, sua aplicação, depende muito do caso concreto. Ele se presta a encobrir intuítos evasivos das próprias empresas, supostamente lesadas e que como vítimas se apresentarão aos tribunais e, por outro lado, é eficaz instrumento para proteger as pessoas jurídicas de diretores e de empregados espertalhões [...].

Nos moldes do artigo mencionado, é possível a imputação da responsabilidade, pela obrigação tributária da pessoa jurídica, por substituição, a gerentes, diretores ou equivalentes, em razão da prática de atos ilícitos, ou quaisquer outros que venham a ocasionar a dissolução irregular da empresa, bem como torna-los pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários em aberto resultantes de tais atos.

Neste sentido - para se realizar o redirecionamento - é necessário que a prática repreensível realizada pelo sócio gerente tenha sido praticada com excesso de poderes ou infração da lei, isto é, constitua um ato ilícito, sendo certo que não basta o mero inadimplemento do tributo.

Assim, percebe-se que, o erro de interpretação da norma tributária, ou a falta de pagamento de tributo, não podem ser considerados como prática de ato ilícito a ser imputados a diretor de pessoa jurídica, por total falta do elemento subjetivo doloso, exigido pelo art. 135 do CTN.

Também, é esta a interpretação sistemática que se faz entre os incisos III, do art. 134, e o inciso III, do art 135, ambos do CTN. Decorre daí, que o mero inadimplemento enseja a

⁹ “Art. 135. (...) III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

¹⁰ CALMON NAVARRO COELHO, Sacha. *Curso de direito tributário brasileiro*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 638.C



responsabilidade solidária entre o sócio administrador responsável e a pessoa jurídica contribuinte, enquanto que o excesso de poderes, ou a dissolução irregular, enseja o redirecionamento da execução exclusivamente na pessoa física do sócio administrador.

Veja-se a nítida diferença existente entre ambos: quando a responsabilidade decorre do inadimplemento, pode-se chamar o sócio diretor a responder pelo débito, juntamente com a pessoa jurídica, que é o contribuinte do tributo devido. Já, a responsabilidade pela prática do ilícito enseja a responsabilidade do sócio diretor em substituição a da pessoa jurídica.

Ademais, e além dessas possibilidades previstas pelo mencionado artigo, há entendimento jurisprudencial predominante de que a dissolução irregular também seria o terceiro *modus operandi* capaz de ensejar o redirecionamento pois ¹¹ “uma empresa não pode funcionar sem que o endereço de sua sede ou do eventual estabelecimento se encontre registrado na Junta Comercial e perante o órgão competente da Administração Tributária, sob pena de se macular o direito de eventuais credores”.

Nesses moldes, sobre a presunção da dissolução irregular de pessoa jurídica, o Superior Tribunal de Justiça, vem abordando a questão entendendo que¹²:

[...]presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, comercial e tributário, cabendo a responsabilização do sócio-administrador, o qual, pode provar não ter agido com dolo, culpa ou fraude ou excesso de poder ou, ainda, que efetivamente não tenha ocorrido a dissolução irregular, não ocasionando a desconsideração da personalidade jurídica da empresa)[...].

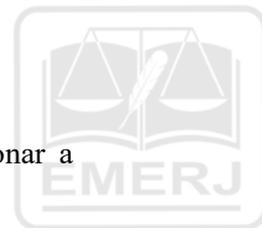
Veja-se que se assim não fosse – admitir o redirecionamento da execução fiscal pela dissolução irregular- a grande parte das empresas faria uso desta falta de comunicação para quedar-se inadimplentes para com o Fisco, já que dificilmente a Fazenda encontraria o credor para cobrar os tributos devidos pela empresa.

Em relação à responsabilidade do sócio gerente de uma sociedade limitada, por exemplo, é de extrema importância fazer a distinção entre a empresa que se dissolve irregularmente (caso de redirecionamento da execução fiscal) àquela que continua a funcionar.

No caso da sociedade que se extingue irregularmente, incumbe o *ônus probandi* aos sócios, os quais deverão provar não terem agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder,

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 800.039/PR, Relator: Ministro Peçanha Martin. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158299/recurso-especial-resp-800039-pr-2005-0196573-0/inteiro-teor-12878965?ref=a>. Acesso em: 26 nov.2018.

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp nº 841.855/PR, Relator: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7145533/recurso-especial-resp-841855-pr-2006-0087839-0/inteiro-teor-12860613?ref=juris-tabs>. Acesso em: 26 nov.2018



para se eximir da responsabilidade acerca da dissolução irregular, e então redirecionar a responsabilidade à pessoa jurídica.

Por outro lado, quando tal dissolução ocorre de forma regular, e atende a todos os requisitos necessários, trata-se, porém, de dissolução regular e não há que se falar em responsabilização dos sócios.

Desta maneira, percebe-se que não se pode atribuir a responsabilidade substitutiva para sócio gerente preconizada pelo art. 135, III, do CTN, sem que seja antes apurada a prática de ato eivado de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social, estatutos, ou ainda, dissolução irregular. E frise-se, mais uma vez, não ser cabível a substituição tributária pela simples circunstância de a sociedade achar-se em débito para com o fisco.

A responsabilidade tributária prevista no art. 135, inciso III, do CTN alcança o sócio que liquidou irregularmente a sociedade limitada, e que ao deixar de comunicar à Junta Comercial o encerramento das atividades da sociedade, responderá este, não pela circunstância de a sociedade estar em débito, mas por haver dissolvido irregularmente a pessoa jurídica e não pelo mero inadimplemento.

Tal responsabilidade imposta ao sócio só se evidencia quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada, até mesmo porque, em qualquer espécie de sociedade empresarial, principalmente naquelas constituídas sob a denominação ‘limitada’, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais.

O sócio responsável não responde pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas responde para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei.

Por outro lado, parece-nos óbvio que o sócio gerente que se retira da sociedade anteriormente à sua dissolução irregular só poderá ser responsabilizado pelos débitos tributários desta, se ficar comprovada a sua contribuição com a má gestão para o fato, como, por exemplo, quando comete ato ilícito.

Nesse sentido, o STJ se pronunciou afirmando que “Não se considera como responsável tributário o sócio que se retirou da sociedade, transferindo para terceiro suas quotas, continuando a sociedade em funcionamento, vindo a ser encerrada anos depois.”¹³

Pode-se concluir, desta feita, que este aspecto temporal, ou critério temporal, influencia sobremaneira a possibilidade do redirecionamento da execução fiscal em face do responsável por substituição da pessoa jurídica.

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 183951/SP, Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7812664/recurso-especial-resp-183951-sp-1998-0056311-3-stj?ref=serp>. Acesso em: 26 nov. 2018.



3.DA DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

O terceiro responsável - seja o sócio-administrador ou a pessoa que assuma a função de gestor da sociedade - poderá figurar no pólo passivo do processo de execução fiscal de forma superveniente, nas hipóteses previstas pelo inciso III do art. 135 do CTN, e caracterizado estará o redirecionamento da execução fiscal.

Por serem tais pessoas gestores de bens alheios, toda vez que procederem de má-fé, praticando atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato e estatutos, deverão ser responsabilizados pelos seus atos e, por via de consequência, pelos créditos tributários oriundos destes.

Com base nos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório – princípios estes fundamentais e de observância obrigatória no Estado Democrático de Direito – ao ser realizado o encaminhamento da execução fiscal, a Fazenda deverá identificar o fato gerador da responsabilidade, assegurando, assim, o direito do sócio gerente se defender.

Neste sentido, é certo que tal defesa já deve ter tido o seu início na esfera administrativa, isto é, a partir da constituição do termo de inscrição em dívida ativa, que necessariamente observará os requisitos para produzir seus efeitos de forma válida e eficaz, elencados no art. 202 do CTN.

Dessa forma, dentre os requisitos a serem observados, destaca-se a aposição do nome dos co-responsáveis, ou responsáveis, o que lhes garantirá desde então o direito ao contraditório e a ampla defesa administrativa. Todavia, a manifesta falta de observância de tais requisitos é causa de nulidade da inscrição, bem como do processo de cobrança oriundo desta, como prescreve o art. 203 do CTN.

Como se percebe da leitura da parte final deste artigo, é concedida à Fazenda Pública a oportunidade de retificar a CDA até o momento que antecede a decisão de primeira instância judicial, no entanto, apenas será possível retificá-la se não for um defeito substancial no processo administrativo que demande a renovação deste.

Nesse aspecto, quando o responsável por substituição é incluído como sujeito passivo da demanda, após a lavratura do termo de inscrição em dívida ativa, há um nítido malferimento do contraditório e da ampla defesa, interpretação esta que decorre da leitura do art. 202 do CTN.



Com efeito, James Marins¹⁴ assevera que “outro fato digno de nota é a necessidade de haver prévio acertamento, apurando-se a situação de devedor do responsável por crédito tributário, para que se possa cobrá-lo.”.

Neste sentido o acertamento do crédito e a regular inscrição na dívida ativa são condições necessárias para que ocorra a cobrança do responsável, que também no dizer de Humberto Theodoro Júnior “é o procedimento administrativo que precede à inscrição que enseja a oportunidade para definir quem vem a ser o devedor principal, subsidiário, ou co-responsável.”.

Desse modo, se não observados o acertamento prévio e a invocação de razão jurídica petinente, ocorre verdadeiro encaminhamento prévio da execução fiscal, que em outras palavras significa dizer inobservância dos postulados do contraditório e da ampla defesa, que ensejarão a nulidade do procedimento.

Ademais, é importante destacar que o lançamento do nome do sócio gerente na CDA deve se dar com os fundamentos que justifiquem tal inclusão, e que consequentemente, possibilitarão ao responsável defender-se da referida cobrança, posto que a Certidão de Dívida Ativa (CDA) traz a presunção relativa de certeza, liquidez e exigibilidade do crédito.

Assim, para que um sócio ou diretor possa ter seu nome lançado como devedor, na CDA, em um processo de execução fiscal, *mister* que tenha sido notificado, na fase administrativa, como responsável pelo débito fiscal que se executa, uma vez que por não ser o contribuinte direto, a falta de notificação ensejaria a violação do *due process of law*.

Outrossim, será sempre possível ao sócio gerente que teve seu nome incluído na CDA, e que não concorda com o referido redirecionamento do executivo fiscal, provar, por meio de embargos à execução, que não agiu com excesso de poderes, ou não era o sócio responsável quando da dissolução irregular da sociedade.

Quando se fala em “exigir a demonstração de que os sócios gerentes são pessoalmente responsáveis tributários”, não basta simplesmente ilustrar que estes foram à época do fato sócios ou diretores, mas sim demonstrar cabalmente que o fato gerador da exação tributária tenha decorrido de atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, ou ainda, quando estes figuravam como responsáveis ao tempo da dissolução irregular.

Tal entendimento baliza-se em julgados do STJ¹⁵, dentre os quais aduz-se que “A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, inciso III, do CTN não está vinculada

¹⁴MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Dialética, s/d, p. 574/576.

¹⁵BRASIL. op. cit., nota 11.



apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à comprovação das demais condutas nele descritas: prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.”

Entende-se, portanto, que a falta de recolhimento de tributo, por si só, não pode ser entendida como conduta dolosa apta a ser impingida ao administrador da pessoa jurídica, muito menos àquele que não teve nela qualquer envolvimento.

Desta forma, sempre que houver o redirecionamento da execução fiscal, há que se verificar o real motivo pelo não recolhimento do tributo, e após otimizada a parte o direito ao contraditório e a ampla defesa,, por meio de embargos, encaminha-se o executivo à pessoa do sócio gerente.

Assim, afigura-se dispensável a instauração do procedimento de desconideração da personalidade jurídica, antes de redirecionar o executivo fiscal à pessoa do sócio, uma vez que inexistente qualquer previsão legal neste sentido.

Ademais, o instituto da desconideração da pessoa jurídica diverge por completo do redirecionamento da execução fiscal: a uma por se tratar de previsão procedimental a ser observada subsidiariamente em hipóteses distintas daquelas contidas no inciso III, art. 135 do CTN; a duas por se tratar de uma exceção à teoria da personalidade, que deve ser aplicada criteriosamente nas hipóteses previstos pelos artigos 133 e 134, ambos do Código de Processo Civil.

Vê-se, assim, que o redirecionamento da execução fiscal divergindo do incidente de desconideração da pessoa jurídica, trata-se de norma de cunho eminentemente material, que destina-se a garantir a eficácia da execução fiscal nos casos em que for necessário tornar a responsabilidade pessoal do sócio gerente, e para a sua efetivação basta a comprovação da responsabilidade do sócio, sendo prescindível a instauração do incidente de desconideração da personalidade jurídica da empresa.

Assim, após o redirecionamento, caberá ao sócio gerente defender-se para evitar a penhora dos bens que integram o seu patrimônio pessoal, por meio de embargos a execução, ou exceção de pré-executividade.

Como exemplo, temos a hipótese em que não conste o nome do sócio gerente na CDA, tal é causa de nulidade da inscrição em dívida e do processo executivo fundado nesta, conforme dispõe o art. 203 do CTN, e corresponde à ausência de condição de procedibilidade *in executivis (sine titulo sine executio)*.

Assim, na sistemática do inciso III do art. 135 do CTN, sempre haverá oportunidade para o executado exercer o direito ao contraditório e a ampla defesa, seja na fase administrativa, seja no âmbito judicial, quando da inclusão do nome do sócio gerente na CDA.

Dessa forma, e por não haver qualquer previsão legal que determine a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, sempre que presentes as hipóteses do inciso III do art. 135 do CTN, bem como se verificada a dissolução irregular da sociedade, autorizado estará o redirecionamento do executivo fiscal na pessoa do sócio gerente, por substituição à pessoa jurídica.

4. CONCLUSÃO:

Procurou-se ao longo do trabalho demonstrar que a responsabilidade de arcar com os débitos tributários é sempre da sociedade, todavia em hipóteses excepcionais será possível o redirecionamento da execução fiscal na pessoa do sócio gerente, de acordo com as situações jurídicas previstas pelo inciso III do art.135 do CTN.

A excepcionalidade destas hipóteses caracteriza-se quando referidos sócios com poderes de administração não agem de boa-fé, e excedem os poderes que lhe foram conferidos, ou ainda, quando não dissolvem a sociedade de forma regular, em manifesto desacordo com os preceitos legais.

Nestes casos, o sócio administrador pode vir ser responsabilizado por substituição à pessoa jurídica, todavia, deverão ser observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, para que desde a constituição do crédito, em esfera administrativa, seja garantido a estes o direito constitucional a ampla defesa e ao contraditório.

Além destas hipóteses legais previstas pelo inciso III do art. 135, é possível também responsabilizar os sócios gerentes quando estes não dissolverem a sociedade de forma regular, desobedecendo aos trâmites legais, e dificultando o trabalho do fisco na persecução do seu crédito fiscal.

Neste sentido, o sócio administrador também será responsabilizado por substituição à pessoa jurídica na ação, já que a empresa deixou de existir, deixando de ser possível a localização da sede da empresa, e conseqüentemente a cobrança do débito na pessoa jurídica da sociedade em comento.

Desta maneira, sempre que a pessoa que exerça cargo de gestão na empresa, e participa efetivamente da sua dissolução irregular ou comete ato ilícito poderá vir a ter o seu patrimônio particular atacado no processo, com a simples inclusão de seu nome na CDA.

Outrossim, frise-se que tais comprovações devem ser inicialmente realizadas em sede de procedimento administrativo, e após, a propositura da demanda, por meio de embargos à execução fiscal que serão distribuídos em apenso ao referido executivo fiscal.

Neste diapasão, é correto afirmar que o ônus de comprovar que que agiu de boa-fé, e



não cometeu ato ilícito, será do executado, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza da CDA.

Desta forma, devem ser analisados especificamente os motivos para o não recolhimento do tributo, visto que tais fatos são de substancial relevância para o deslinde da execução fiscal e do seu possível redirecionamento.

A partir desta análise será possível verificar o efetivo cabimento ou não do redirecionamento da execução fiscal.

Conclui-se, portanto, que é de extrema importância, anteriormente à inclusão do sócio-administrador como sujeito passivo da execução fiscal, analisar os atos por ele praticados, para que fique claro quando o não recolhimento do tributo decorra do insucesso empresarial ou, quando existe a intenção, a má-fé, de esquivar-se do fisco, escondendo-se atrás da pessoa jurídica, usufruindo dos benefícios gerados em razão disto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=181>>. Acesso em: 16 out. 2018.

CARNEIRO, Claudio. *Curso de direito tributário e financeiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

CALMON NAVARRO COELHO, Sacha. *Curso de direito tributário brasileiro*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1160.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 800.039/PR, Relator: Ministro Peçanha Martin. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158299/recurso-especial-resp-800039-pr-2005-0196573-0/inteiro-teor-12878965?ref=a>. Acesso: em 26 nov.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 841.855/PR, Relator: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7145533/recurso-especial-resp-841855-pr-2006-0087839-0/inteiro-teor-12860613?ref=juris-tabs>. Acesso: em 26 nov.2018

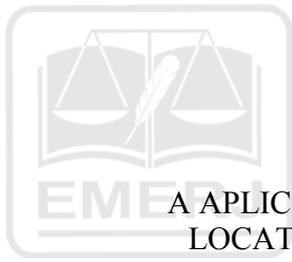
_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 183951/SP, Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7812664/recurso-especial-resp-183951-sp-1998-0056311-3-stj?ref=serp>. Acesso em: 26 nov. 2018.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Dialética, s/d.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.



A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS LOCATÍCIOS RESIDENCIAIS URBANOS EM QUE HAJA PARTICIPAÇÃO DE IMOBILIÁRIA OU LOCADOR PROFISSIONAL

Mario Amaro da Silva Neto

Graduado pelo Centro Universitário da Cidade do Rio de Janeiro. Advogado

Resumo – A Constituição da República Federativa do Brasil consagra a relação de consumo como um direito de terceira geração, gozando, portanto, de prerrogativas de direito materiais e processuais que visam atingir o equilíbrio necessário entre os sujeitos das relações consumeristas. O Poder Judiciário tem tido uma posição muito tímida no sentido de aplicar aos contratos de locação residencial em que haja participação de imobiliária ou locador profissional. Com isso, busca-se uma análise da atuação do Poder Judiciário face às normas que regem as relações de consumo, a doutrina moderna, a Lei nº 8.245/91, o contexto fático-social e a nova concepção contratual trazida pelo Código Civil de 2002.

Palavras-chave – Direito Civil. Contratos. Locação Residencial Urbana.

Sumário – Introdução. 1. Código de Defesa do Consumidor: o direito do consumidor como cláusula pétrea, os requisitos para a caracterização da relação de consumo e sua relação com os contratos de locação residencial. 2. Contratos de locação residencial urbana: hipóteses de subsunção ao código de defesa do consumidor e aplicação da teoria do diálogo das fontes. 3. A realidade fática dos contratos de locação residencial urbana: a hipossuficiência e a vulnerabilidade do locatário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a posição do Poder Judiciário nas demandas que tratam de contratos de aluguel, mormente nas locações residenciais urbanas em que há participação de pessoa física ou jurídica que explora o ramo da atividade imobiliária.

Para tanto, busca-se analisar a adequação de contratos de locação que guardem determinadas características específicas às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 – possibilitando, ao locatário, o gozo das prerrogativas materiais e processuais do Códex Consumerista.

A pesquisa ressalta que, apesar de prevalecer em sede doutrinária e jurisprudencial, no Brasil, a não incidência da locação imobiliária como contrato de consumo, existe um germen de mudança de entendimento trazido pela Teoria do diálogo das fontes e pela convicção de que, em algumas situações específicas, estão presentes todos os elementos necessários a caracterização da relação de consumo.



A pesquisa traz posições doutrinárias e jurisprudenciais de diferentes matizes acerca do tema, de modo a demonstrar a posição atual dos juristas e a necessidade de uma mudança de postura do Judiciário para poder equilibrar os “pratos da balança” na relação historicamente dispare e belicosa entre locador e locatário.

O tema é de relevante valor social, uma vez que o déficit habitacional no Brasil é pungente, trazendo um interesse social cada vez maior aos contratos dessa natureza. O pagamento de aluguel, em regra, e por si só, compromete boa parte da renda familiar brasileira, o que, se não atrapalha, impede, a defesa dos direitos do locatário primacialmente vulnerável e hipossuficiente em todos os sentidos.

No capítulo inicial são apresentadas as legislações aplicáveis ao tema e analisa-se o âmbito de incidência de cada uma delas, trazendo, ainda, os elementos característicos das respectivas glebas do direito. Aborda-se a questão do direito do consumidor como direito fundamental constitucional, com *status* de cláusula pétrea, assim como também apresenta o presente trabalho científico, a simbiose entre as normas presentes na Lei do Inquilinato e as normas de ordem pública e interesse social presentes no Código de Defesa do Consumidor.

No segundo capítulo pretende-se demonstrar a subsunção dos contratos locatícios residenciais em que existe a participação de imobiliária ou locador profissional às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor e os mecanismos de interpretação para atingir tal desiderato, como a posição doutrinária e jurisprudencial acerca dos elementos necessários para a caracterização de uma relação de consumo. Aborda-se também, neste capítulo, o advento e aplicação da Teoria do diálogo das fontes no direito brasileiro.

No terceiro capítulo apresenta-se a realidade atual dos contratos de locação urbana e a necessidade de aplicação dos princípios e regras que regem as relações de consumo nos contratos de locação residencial urbana, tais como, o princípio da vulnerabilidade e o princípio da hipossuficiência que são ferramentas fundamentais para o equilíbrio das relações jurídicas nas quais existe disparidade técnica, jurídica ou econômica.

A pesquisa utiliza a metodologia qualitativa, pois visa entender e interpretar a controvérsia existente na doutrina e jurisprudência acerca do tema; e bibliográfica, decerto analisa e interpreta informações, valendo-se da bibliografia, legislação, jurisprudência e dados concernentes às relações citadas alhures. Desenvolve-se quanto ao objetivo de modo explicativo de forma a identificar os fatores que contribuem com a ocorrência da situação descrita.



1. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO CLÁUSULA PÉTREA, OS REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO E SUA RELAÇÃO COM OS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL

O Código de Defesa do Consumidor é classificado doutrinariamente como uma norma principiológica diante da proteção constitucional dos consumidores, evidenciada, principalmente, no art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988¹, que estabelece que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 1.856/RJ, consagrou a defesa dos direitos do consumidor como um direito de terceira geração², identificando, ainda, esta garantia constitucional como fundamental e elevando-a à condição de autêntica cláusula pétrea (art. 60, §4º da CRFB/88), determinando sua observância pelas normas reitoras da ordem econômica e princípios gerais expressos.

Preleciona Pedro Lenza³, discorrendo acerca dos direitos de terceira geração que “Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para a proteção dos consumidores(...)O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade”

Ainda sobre a posição hierárquica do direito do consumidor, em reforço à natureza de escol das normas consumeristas, Flávio Tartuce⁴ ensina que “o Código de Defesa do Consumidor tem eficácia supralegal, ou seja, está em um ponto hierárquico intermediário entre a Constituição Federal de 1988 e as leis ordinárias”.

No direito brasileiro contemporâneo, a doutrina e a jurisprudência concordam que para justificar a incidência e a consequente aplicação do Código de Defesa do Consumidor, devem ser utilizadas algumas sínteses conceituais principalmente no que tange aos sujeitos e modo da relação jurídica, como, *verbi gratia*, quem pode ser denominado consumidor, fornecedor, prestador de serviços etc. Essa exigência, faz necessário estejam presentes elementos subjetivos e objetivos para que se analise o que é ou não é uma “relação de consumo”. Cumpre destacar

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

²Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1856 RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

³LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1176.

⁴TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 6.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 11.

que o Códex Consumerista conceitua consumidor em seu art. 2º, caput, como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”⁵, tendo claramente adotado, o legislador, a teoria finalista⁶.

Por sua vez, para definir o fornecedor de produtos e o prestador de serviços, estabelece o art. 3º, caput da Lei nº 8.078/90 que:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços⁷.

Ainda assim, a atividade exercida deve ser tipicamente profissional, com intuito de lucro direto ou indireto, tendo adotado o Código de Defesa do Consumidor, um modelo aberto com relação a essas atividades, a ponto da criação doutrinária, por Leonardo Bessa⁸, Promotor Público do Distrito Federal, da figura do fornecedor equiparado, que consiste em um terceiro que na relação de consumo serve como intermediário ou ajudante para a realização da relação principal, mas que atua frente a um consumidor como se fosse o fornecedor. Pode-se citar como exemplo da figura estudada, o estipulante profissional ou empregador dos seguros de vida em grupo.

Já no que diz respeito aos contratos de locação urbana, estes são regulamentados pela Lei nº 8.245/91 – Lei do Inquilinato, não se submetendo ao seu regime desta lei, a locação de coisas móveis fungíveis e as exceções previstas no art. 1º, parágrafo único da Lei do Inquilinato⁹, que se submetem ao Código Civil e às leis especiais.

Importante ressaltar, que o legislador optou expressamente no art. 1º, parágrafo único da Lei nº 8.245/91, excluir dos auspícios da Lei do Inquilinato as locações: de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; de espaços destinados à publicidade; apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados

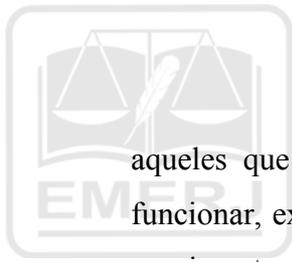
⁵BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁶A corrente finalista defende a teoria que o consumidor – destinatário final seria apenas aquela pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou contrata o serviço para utilizar para si ou para outrem de forma que satisfaça uma necessidade privada, e que não haja, de maneira alguma, a utilização deste bem ou deste serviço com a finalidade de produzir, desenvolver atividade comercial ou mesmo profissional.

⁷BRASIL. op. cit., nota 5.

⁸BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.

⁹BRASIL. *Lei do Inquilinato*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.



aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar, exclui-se também, o arrendamento mercantil em qualquer de suas modalidades. O movimento do legislador de alijar a aplicação da Lei do Inquilinato nestes casos se dá pelos mais variados motivos, dentre os quais a necessidade de maior dirigismo estatal nas relações que possuem maior densidade social.

2. CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL URBANA: HIPÓTESES DE SUBSUNÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

Para caracterização da relação de consumo e incidência do Código de Defesa do Consumidor, não basta somente a adequação ao conceito de consumidor prevista no art. 2º do CDC¹⁰. É possível extrair do art. 3º, do mesmo Código¹¹, que para ser enquadrado no conceito de fornecedor ou prestador de serviços é necessário o atributo da profissionalidade/habitualidade. Conforme ensinamento do professor Jorge Alberto Quadros de Carvalho¹², a profissionalidade “É, em síntese, todo aquele que oferta, a título singular e com caráter profissionalidade – exercício habitual do comércio – produtos e serviços ao mercado de consumo, atendendo, assim, às suas necessidades”.

A ausência do requisito da profissionalidade tem sido a principal justificativa da doutrina e jurisprudência para sustentar que o locador não pode ser enquadrado como fornecedor ou prestador e por consequência, afastar a aplicação do CDC. Nesse diapasão, a Corte Superior¹³, tem decidido que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor nos contratos de locação, uma vez que o conceito de locação não se insere no de distribuição, comercialização, aquisição ou utilização de produto ou serviço, sendo, portanto, inaplicável a legislação consumerista às relações locatícias, que tem disciplina e diploma próprios.

Ainda neste sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹⁴, em ação de despejo cumulada com cobrança de aluguel em que a parte ré pleiteava a redução da multa contratual

¹⁰Idem. op. cit., nota 5.

¹¹Ibidem.

¹²SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado e Legislação Complementar* – 6. ed. ver., atual. e ampl. São paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ag. REsp nº 1190183 MG*. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522190058/agravo-em-recurso-especial-aresp-1190183-mg-2017-0269955-2/decisao-monocratica-522190068>>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹⁴Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Agint. no Ag. em REsp. nº 1078821 MG*. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595896906/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1078821-df-2017-0072833-3/inteiro-teor-595896916?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 out. 2018.



com fundamento na abusividade de cláusula, nos moldes do art. 51 do CDC¹⁵, pela impossibilidade da incidência deste diploma legal nas relações locatícias.

Em que pese a justificativa dessas decisões, os fundamentos expostos se apresentam quase sempre com um perfil “engessado”, ou seja, sem apresentar maiores reflexões ou demonstrar a acuidade e cuidados necessários para o enfrentamento de tema assaz pungente no dia-a-dia da vida em sociedade.

O que alguns magistrados parecem ter olvidado, pelas mais variadas razões, é que na maioria dos contratos de locação urbana residencial, o locador faz do “aluguel do imóvel” uma atividade habitual, profissional, restando, a hipótese, perfeitamente subsumida ao conceito legal de prestação de serviços. Ao lado dessas situações encontram-se, ainda, as relações locatícias em que haja a participação ou intermédio de agentes especializados na exploração do ramo imobiliário, mais especificamente as imobiliárias.

Não há que ser ignorado - sob pena de divorcia-se o direito, da realidade - que modernamente, nos contratos elaborados por intermédio ou participação de imobiliária, seja essa ligação permanente ou temporária, o locatário sequer tem contato direto com o proprietário -também conhecido como senhorio-, devendo o contratante reportar-se pessoalmente à empresa imobiliária, principalmente no que diz respeito às questões acerca do prazo de contrato, do valor do aluguel, da vistoria do imóvel, das taxas e das garantias.

Vale ressaltar que, na prática, pouco ou nada há de margem para o locatário em negociar os termos contratuais, o que demonstra uma natureza jurídica similar aos contratos de adesão previstos em rol exemplificativo no art. 51 do CDC¹⁶, que segundo Flávio Tartuce¹⁷, “[...]representa uma das mais importantes mitigações da força obrigatória da convenção(pacta sunt servanda) na realidade brasileira[...]”.

A generalização da questão discutida, rompendo a possibilidade de uma análise lógico-sistemática por parte do magistrado, afasta o jurisdicionado das prerrogativas inerentes à sua condição real de consumidor e se não impedem, dificultam, sobremaneira a defesa dos direitos do locatário.

Outro argumento utilizado pela jurisprudência para a não incidência do Código de Defesa do Consumidor é a tese da existência de um estatuto jurídico próprio a disciplinar a

¹⁵Idem, op. cit., nota 5.

¹⁶Ibidem.

¹⁷TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 357.



matéria. O STJ¹⁸ já decidiu no sentido de que “É pacífica e remansosa a jurisprudência, nesta corte, no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios, que são regulados por legislação própria(...)”. Em sentido oposto ao entendimento exposto nessa decisão do Tribunal, insurge-se Cláudia Lima Marques¹⁹, que sustenta que “em se tratando de locação residencial a aplicação das normas protetivas do CDC será a regra(...)”.

Seguindo a mesma ideia, verifica-se que Silvio de Salvo Venosa, citado por Zilda Tavares²⁰, afirma que “O CDC cria um microsistema legal que se insere e se harmoniza com as relações jurídicas regidas pelas leis civis, mercantis, administrativas.”

Diante do exposto, pode se verificar que há um desencontro entre a doutrina moderna e a orientação jurisprudencial majoritária, contudo, a posição dos juristas parece mais acertada tendo em vista algumas alterações legislativas relevantes e o reconhecimento na doutrina atual, da teoria do diálogo das fontes.

Didaticamente é importante mencionar que, na vigência do Código Civil de 1916²¹, prevalecia o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor “constituiria um microsistema jurídico autoaplicável e autossuficiente, totalmente isolado das demais normas”²². No entanto, essa concepção foi superada com o advento do Código Civil de 2002 e o surgimento da teoria do diálogo das fontes.

A teoria do diálogo das fontes foi desenvolvida por Erik Jayme²³, na Alemanha, e trazida ao Brasil pela professora Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Segundo a teoria, uma norma jurídica não excluiria a aplicação da outra e sim se complementariam. Nas palavras do professor Flávio Tartuce²⁴, “a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico). Realmente, esse será o seu papel no futuro”.

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 605295 MG*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137585/recurso-especial-resp-605295-mg-2003-0168209-8/inteiro-teor-19137586?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 out. 2018.

¹⁹VENOSA apud MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São paulo: RT, 2002, p. 361.

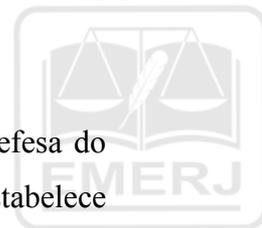
²⁰TAVARES, Zilda. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas Relações Locatícias Residenciais*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?>>. Acesso em: 31 out. 2018.

²¹BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 31 out. 2018.

²²TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 16.

²³Ibid.

²⁴Ibid., p. 24.



Do ponto de vista legislativo, a teoria baseia-se no art. 7º do Código de Defesa do Consumidor²⁵, que adota um modelo aberto de interação entre as leis. Uma vez que estabelece que “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes(...) da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

A aplicação da teoria do diálogo das fontes sustenta uma interpenetração entre as normas, permitindo a aplicação do CDC não só nos contratos que tenham a participação de locadores profissionais, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, mas também nas relações regidas pelo Código Civil – o que já vem ocorrendo – e nas demais relações regidas por legislação especial. Essa mudança de visão fica ainda mais clara em algumas decisões em que já se aplica a Lei nº 8.078/90 às relações jurídicas entre locadores e locatários e imobiliárias. É o que se verifica do julgado do Superior Tribunal de Justiça²⁶, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que declarou a nulidade e a modificação de cláusulas abusivas elaboradas pela administradora de imóveis e constantes da avença locatícia. Neste caso, reconheceu-se a relação de consumo entre o locatário e a administradora de imóveis.

Diante da decisão do STJ no caso acima, não há porque não aplicar o CDC sempre que houver participação de imobiliária nos contratos de locação, uma vez que os requisitos para enquadramento do locador e do locatário nas regras consumeristas encontram-se perfeitamente colmatados. O raciocínio deve ser o mesmo.

3. A REALIDADE FÁTICA DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL URBANA: A HIPOSSUFICIÊNCIA E A VULNERABILIDADE DO LOCATÁRIO

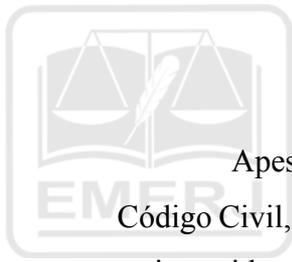
Até o advento da Lei nº 8.425/91²⁷ – Lei do Inquilinato – o Estado sempre interveio nas relações entre locador e locatário com escopo de mitigar as disparidades na relação jurídica locatícia em decorrência das crises financeiras, como por exemplo as crises inflacionárias e do petróleo²⁸ da década de 1970.

²⁵BRASIL. op. cit., nota 5.

²⁶Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 614981 MG*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7194749/recurso-especial-resp-614981-mg-2003-0223615-8-stj/relatorio-e-voto-12939008>>. Acesso em: 31 out. 2018.

²⁷Idem. op. cit., nota 9.

²⁸ADVFN. *História da Inflação no Brasil*. Disponível em: <<https://br.advfn.com/economia/inflacao/brasil/historia>>. Acesso em: 30 out. 2018.



Apesar de alguns períodos em que predominava o livre mercado, preconizado pelo Código Civil, seguiu-se um forte dirigismo estatal que impunha restrições ao locador, afastando os investidores, e criando o déficit habitacional²⁹.

Após ligeira melhoria quanto à liberação do mercado, dada a publicação da Lei nº 5.334/67³⁰, que restabeleceu o sistema do Código Civil, foi elaborada a Lei nº 6.649/79³¹, com objetivo primacial de compensar a vulnerabilidade do locatário em decorrência da crise financeira do petróleo na década de 1970.

Diante do caos estabelecido pela inflação que interferia na periodicidade da correção do aluguel e seus indexadores, surgiu a Lei nº 8.245/91, com o objetivo de liberar o mercado e atrair novos investimentos e incentivar a construção de novas unidades para locação.

Daí em diante, partiu-se da equivocada premissa de que, com a estabilidade jurídica, tanto locadores quanto locatários duelariam em “paridade de armas”, plenos conhecedores das “regras do jogo”, participando de uma relação contratual mais equilibrada, o que não ocorria até então diante do conflito de interesses gerado pelo desequilíbrio contratual oriundo da inflação lancinante. Até o advento da Lei do Inquilinato, o trato entre locador e locatário sempre muito conturbada – ainda o é, só que em menor proporção, tanto que o STJ³² publicou no ano de 2009 matéria sobre o tema -, a ponto de locador e locatário não poderem frequentar o mesmo ambiente sem que o encontro se tornasse “caso de polícia”, tamanhas as querelas.

Contudo, vinte e sete anos após a entrada em vigor da Lei do Inquilinato e com o advento do Código Civil de 2002 permeando esse período, nota-se que ocorreram grandes mudanças jurídico/sociais no Brasil, principalmente com a partir da adoção de um modelo liberal da autonomia da vontade e da massificação dos contratos.

Pode-se notar que, generalizando a questão, não há falar, hodiernamente, em poder de barganha entre locador e locatário no aperfeiçoamento dos contratos de locação residencial urbana. As cláusulas contratuais não são discutidas, são oferecidas e relativamente imutáveis. O locatário tem a opção tão somente de aderir ou não.

Sendo mais minucioso, destaca-se que, na prática, quando um sujeito comparece a uma imobiliária com objetivo de alugar um imóvel para residir, depara-se com um contrato

²⁹SANTOS, Cláudio Hamilton. *Políticas Federais de Habitação no Brasil: 1964/1988*. 1999. 32 f. Texto para discussão nº 654 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 1999.

³⁰BRASIL. *Lei nº 5.334/67*. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128575/lei-5334-67>>. Acesso em: 31 out. 2018.

³¹Idem. *Lei nº 6.649/79*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/1970-1979/L6649.htm>. Acesso em: 31 out. 2018.

³²CONJUR. *Relação Conflituosa: STJ explica desentendimentos entre locador e locatário*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-out-11/stj-explica-desentendimentos-judiciais-entre-locador-locatario>>. Acesso em: 31 out. 2018.



previamente elaborado, confeccionado pelo especialista jurídico da empresa e, sem qualquer participação do postulante à locação, que adere às condições contratuais ou simplesmente não tem, em expressão popular, sua “ficha passada”, o que significa dizer que não terá sua condição avaliada.

Ato contínuo, é compelido a pagar uma taxa de conferência da sua idoneidade financeira, retirada de um cadastro conhecido como Serviço de Proteção ao Inquilinato(SPI)³³, que registra qualquer pendência cadastrada no CPF do postulante a locatário. Além disso, imputam-lhe o pagamento integral das custas e emolumentos referentes ao reconhecimento de firma. Tudo isso em afronta ao disposto no art. 22, inc. VII, da Lei nº 8.245/91³⁴, que estabelece que o locador é obrigado a “pagar as taxas de administração imobiliária, se houver, e de intermediações, nestas compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou de seu fiador”.

Há que se ressaltar que a recusa em cumprir com as determinações ilícitas impostas pelo locador ou imobiliária acarretam na impossibilidade de se concluir a avença, o que transborda enorme pressão psicológica no locatário que na maioria das vezes tem urgência em garantir um teto para ele e sua família, fazendo com que não lhe reste opção senão a de aceitar a iniquidade.

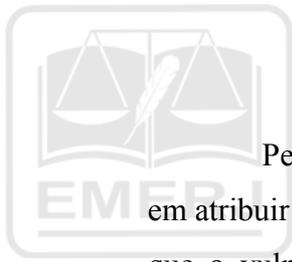
Esse fato de se repassar custos indevidos ao locatário é a “praxe do mercado”, mesmo que vedada pela Lei do Inquilinato. O fato é tão recorrente que o jornal Extra, jornal no formato tablóide e de grande circulação na cidade do Rio de Janeiro, publicou matéria³⁵, em sua versão eletrônica, em que sua jornalista foi enviada ao SPI e simulou o interesse em alugar um imóvel, lá foi instada a preencher uma ficha e pagar taxa que poderia variar entre R\$50,00 e R\$75,00. A matéria cita, que ainda no SPI, foi ouvida uma estudante que confessou já ter se submetido ao pagamento. A estudando aproveitou para asseverar que “Se você não fizer isso, não alugam. Então, você paga ou não fica no imóvel”.

Posta a condição evidente do locatário de consumidor, devem ser observados e aplicados aos contratos de locação residencial urbana todos os princípios próprios da relação de consumo, em especial o da vulnerabilidade e o da hipossuficiência.

³³SPI. *Serviço de Proteção ao Inquilinato*. Disponível em: <<http://www.spionline.com.br/>>. Acesso em: 31 out. 2018.

³⁴BRASIL. op.cit., nota 9.

³⁵EXTRA. *Órgãos de Defesa do Consumidor dizem que cobrança por ficha de locação é ilegal e podem render indenização no dobro do valor pago*. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casa/orgaos-de-defesa-do-consumidor-dizem-que-cobranca-por-ficha-de-locacao-ilegal-pode-render-indenizacao-no-dobro-do-valor-pago-6382847.html>>. Acesso em: 31 out. 2018.



Pela leitura do art. 4º, inc. I, do CDC³⁶, constata-se a evidente intenção do legislador em atribuir ao consumidor a condição de vulnerável. Segundo Flavio Tartuce³⁷, “pode-se dizer que a vulnerabilidade é um elemento posto da relação de consumo e não um elemento pressuposto, em regra”. Informa ainda que, “a expressão consumidor vulnerável é pleonástica, uma vez que todos os consumidores tem tal condição, decorrente de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário”³⁸.

A vulnerabilidade é uma condição jurídica que goza de presunção absoluta ou *iure et de iure*, e tem por objetivo a proteção do mais fraco na relação de consumo diante da confrontação excessiva de interesses do mercado. Segundo as lições de Cláudia Lima Marques, Antonio Hermam V. Benjamin e Bruno Miragem³⁹, a vulnerabilidade “é uma situação permanente, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”.

Vale dizer que, a vulnerabilidade independe da condição de pessoa física ou jurídica do consumidor. A vulnerabilidade é a direção que deve seguir o aplicador do direito para se guiar na aplicação das normas protetivas, possibilitando o reequilíbrio da relação jurídica. A vulnerabilidade exclui a premissa de igualdade entre as partes envolvidas, o que significa concretizar o princípio constitucional da isonomia⁴⁰.

Contudo, a vulnerabilidade como presunção absoluta não se confunde com a hipossuficiência. A vulnerabilidade é dissociada completamente da condição social, política, econômica ou intelectual do consumidor.

O princípio da hipossuficiência do consumidor, previsto no art. 6º, inc. VIII da Lei nº 8.078/90⁴¹, ao contrário da vulnerabilidade, é um conceito fático, não gozando de presunção absoluta e devendo ser apreciado no caso concreto.

A hipossuficiência pode ser técnica, jurídica ou de recursos. O locatário, nas situações específicas apontadas nesse artigo científico, é pelo menos hipossuficiente técnica e juridicamente, quando não também economicamente. Veja-se, *verbi gratia*, a situação em que o locatário é compelido a assinar um laudo que atesta que todo o imóvel recém alugado está em perfeita condição de conservação e habitabilidade. O laudo descreve que não há infiltrações,

³⁶BRASIL. op. cit., nota 5.

³⁷TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 36.

³⁸Ibid.

³⁹TARTUCE apud MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 120.

⁴⁰COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179.

⁴¹Ibidem. op. cit., nota 5.



mofos, a parte elétrica é perfeita, o encanamento de primeira qualidade e a tinta utilizada na pintura do imóvel é a mais cara e de melhor qualidade. No contrato jaz expressamente que o locatário, ao final do contrato, deve entregar o imóvel nas mesmas condições em que lhe foi entregue, utilizando-se de material da mesma qualidade, sob pena, inclusive de retenção do depósito-caução.

Diante disso, há que se considerar que a imobiliária ou o locador profissional, em regra, possui um construtor de sua confiança. O locatário não. A imobiliária possui um setor jurídico, o locatário, também não. O locador possui todo um aparato e um cabedal de conhecimento acerca da exploração da atividade que exerce. O locador é, na maioria das vezes, pessoa de classe baixa ou média e que não possui condições de adquirir uma propriedade imóvel.

Segundo matéria do ano de 2014 do Jornal O GLOBO⁴², dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) revelam que o aluguel consome em média 40 a 50% da renda familiar do carioca. Essa informação traz à luz a necessidade de os Tribunais iniciarem um movimento de reflexão, ao menos no que tange à hipossuficiência econômica e jurídica do locatário.

Comprovada a hipossuficiência do locatário, é decorrência direta a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90⁴³, que estabelece a “facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

A inversão do ônus da prova seria de assaz importância para compensar a hipossuficiência técnica e jurídica e econômica do locatário, ocasionando no encargo do locador de produzir as provas necessárias a afastar as teses do locatário. Vale ressaltar que, o conceito de hipossuficiência é amplo e deve sempre ser analisado no caso concreto, permitindo que o julgador possa verificar a disparidade técnica ou informacional, quando se deparar com questões dessa natureza. A introdução desses institutos – vulnerabilidade, hipossuficiência e demais princípios do CDC - nas questões locatícias é de suma importância e se configuram normas de interesse público e social.

⁴²O GLOBO. *Aluguel já consome de 40% a 50% da renda familiar do carioca*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/imoveis/aluguel-ja-consome-de-40-50-da-renda-familiar-do-carioca-12584094>>. Acesso em: 31 out. 2018.

⁴³BRASIL. op. cit., nota 5.



A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê no art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988 que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Demonstrando ao aplicador do direito a importância social da regulamentação das relações de consumo.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, consagrou a defesa dos direitos do consumidor como direito de terceira geração, identificando a garantia como cláusula pétrea, determinando sua observância pelas normas reitoras da ordem econômica e princípio geral expresso.

Consolidadas as normas consumeristas pelo Poder Constituinte e pelo legislador infraconstitucional, vê-se a possibilidade da incidência do Código de Defesa do Consumidor as relações locatícias residenciais em que haja participação de imobiliária, locador profissional ou atuações similares, uma vez que restam evidentes os elementos subjetivos e objetivos caracterizadores da relação de consumo.

A alegada ausência do requisito da profissionalidade pelos Tribunais, quem tem servido como principal justificativa para sustentar que o locador não pode ser enquadrado como fornecedor ou prestador e por consequência, afastando a aplicação do CDC, vem perdendo força e cedendo espaço, mesmo que timidamente, para um novo entendimento, mais adequado a realidade e a função social dos contratos.

Fica demonstrado no trabalho que a generalização da questão, olvidando-se de realizar uma análise objetiva do caso, gera um desequilíbrio tanto nas relações de direito material quanto de direito formal, afastando o locatário, que traz em seu bojo as peculiaridades caracterizadoras da posição de sujeito consumidor, das prerrogativas inerentes à essa condição, dificultando ou impedindo a defesa de seus direitos.

Ainda assim, não resta dúvida de que a aplicação da Teoria do diálogo das fontes denota uma tendência a aplicação futura do Código de Defesa do Consumidor nos casos de contratos que tenham a participação de locadores profissionais, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.

Ressalte-se que, diante das premissas estabelecidas, o princípio da hipossuficiência do consumidor, previsto no art. 6º, inc. VIII da Lei nº 8.078/90, é aplicável aos contratos de locação residencial em que haja participação de imobiliária, locador profissional ou atuações similares, a ser analisado caso a caso.



Mostra-se pertinente, também, a aplicação do princípio da vulnerabilidade aos contratos de locação residencial em que haja participação de imobiliária, locador profissional ou atuações similares, uma vez que, pela leitura do art. 4º, inc. I, do CDC, constata-se a evidente intenção do legislador em atribuir ao consumidor a condição de vulnerável como um elemento posto da relação de consumo, devendo gozar a premissa, de presunção absoluta.

A mudança de concepção doutrinária e jurisprudencial no sentido de interpretar os contratos de locação residencial em que haja participação de imobiliária, locador profissional ou atuações similares tem como consequência uma maior adequação desses contratos à realidade jurídica e aos princípios e teorias trazidos pela doutrina moderna diante da ausência de poder de barganha e da ausência de equilíbrio dessas relações.

É cediço que o locador, hodiernamente, exerce uma posição de força na relação contratual locatícia, sendo o sujeito responsável por ditar “as regras do jogo”, não podendo o direito furtar-se de reconhecer e intervir nesse fenômeno.

Diante das exposições, resta claro que as relações locatícias residenciais em que haja participação de imobiliária, locador profissional ou atuações similares, preenchem os requisitos necessários para caracterização da relação de consumo. Não podendo, o Poder Judiciário, petrificar seu entendimento em sentido contrário a esta realidade, sob pena de afastar-se daquilo que se espera de um direito contemporâneo justo e equilibrado.

REFERÊNCIAS

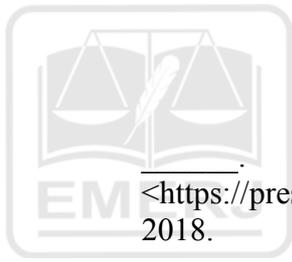
ADVFN. *História da Inflação no Brasil*. Disponível em: <<https://br.advfn.com/economia/inflacao/brasil/historia>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 02 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. *Lei do Inquilinato*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.



_____. *Lei n° 5.334/67.* Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128575/lei-5334-67>>. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. *Lei n° 6.649/79.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/1970-1979/L6649.htm>. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. *Código Civil de 1916.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 1856 RJ.* Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Ag. REsp. n° 1190183 MG.* Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522190058/agravo-em-recurso-especial-aresp-1190183-mg-2017-0269955-2/decisao-monocratica-522190068>>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agint. no Ag. em REsp. n° 1078821 MG.* Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595896906/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1078821-df-2017-0072833-3/inteiro-teor-595896916?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 605295 MG.* Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137585/recurso-especial-resp-605295-mg-2003-0168209-8/inteiro-teor-19137586?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 614981.* Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7194749/recurso-especial-resp-614981-mg-2003-0223615-8-stj/relatorio-e-voto-12939008>>. Acesso em: 31 out. 2018.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONJUR. *Relação Conflituosa:* STJ explica desentendimentos entre locador e locatário. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-out-11/stj-explica-desentendimentos-judiciais-entre-locador-locatario>>. Acesso em: 31 out. 2018.

EXTRA. *Órgãos de Defesa do Consumidor dizem que cobrança por ficha de locação é ilegal e podem render indenização no dobro do valor pago.* Disponível em: <https://extra.globo.com/casa/orgaos-de-defesa-do-consumidor-dizem-que-cobranca-por-ficha-de-locacao-ilegal-pode-render-indenizacao-no-dobro-do-valor-pago-6382847.html>>. Acesso em: 31 out. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.



O GLOBO. *Aluguel já consome de 40% a 50% da renda familiar do carioca*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/imoveis/aluguel-ja-consome-de-40-50-da-renda-familiar-do-carioca-12584094>>. Acesso em: 31 out. 2018.

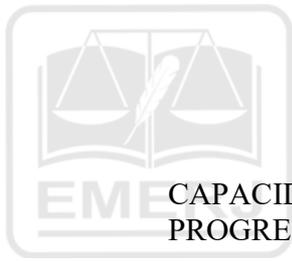
SANTOS, Cláudio Hamilton. *Políticas Federais de Habitação no Brasil: 1964/1988*. 1999. 32 f. Texto para discussão nº 654 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 1999.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado e Legislação Complementar* – 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

SPI. *Serviço de Proteção ao Inquilinato*. Disponível em: <<http://www.spionline.com.br/>>. Acesso em: 31 out. 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 6.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017.

TAVARES, Zilda. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas Relações Locatícias Residenciais*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?>>. Acesso em: 31 out. 2018.



CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO FUNDAMENTO PARA APLICAÇÃO DA PROGRESSIVIDADE NAS ALÍQUOTAS DO ITBI

Michelle de Sena Campos

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj).

Resumo: Não existe previsão legal, tanto constitucional, quanto infraconstitucional, sobre a possibilidade da progressividade nas alíquotas do imposto de transmissão de bens imóveis e de direitos a ele relativos, o que acaba por onerar mais os que possuem renda inferior, tendo em vista que é aplicado uma alíquota única, para bases de cálculo variadas. Em busca do ideário de justiça fiscal, usando-se como instrumento de concretização dessa igualdade, a capacidade contributiva e a progressividade, se tornam elementos fundamentais para esse objetivo. O STF ao longo dos anos vem adotando entendimento que todos os tributos devem, sempre que possível, atender à capacidade contributiva do contribuinte, desconstruindo, portanto, a vedação da progressividade de alíquotas aos impostos, ditos de natureza real. Em 2013, no julgamento do RE nº 562.045-0/RS admitiu a progressividade de alíquota aplicada ao ITCMD, mesmo não havendo tal previsão normativa tanto na legislação constitucional, quanto na legislação infralegal. É aqui que se torna fundamental a utilização do raciocínio jurídico para emprego no ITBI.

Palavras-Chave: Direito Tributário. Imposto de Transmissão de Bens móveis e imóveis. Princípio da Progressividade. Capacidade Contributiva.

Sumário: Introdução. 1. O Princípio da Igualdade e da Progressividade como instrumento de concretização do ideário de justiça. 2. Inquietudes doutrinárias acerca da aplicação da capacidade contributiva aos impostos de natureza pessoal e real 3. O emprego da Hermenêutica utilizada pelo STF ao longo dos anos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Pretende-se com o trabalho, refletir quanto à possibilidade de aplicação da progressividade nas alíquotas do imposto de Transmissão *inter vivos* de bens Imóveis – ITBI - adotando-se como parâmetro a mudança de interpretação empregada pelo Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, culminando no julgamento do RE nº 562.045 do Rio Grande do Sul em que proferiu nova orientação entendendo pela possibilidade de aplicação da progressividade na alíquota do Imposto sobre transmissão *Causa mortis* e doação de



quaisquer bens e direitos – ITCMD, mesmo não possuindo previsão expressa em lei constitucional, quanto infraconstitucional.

No estado democrático de direito, quando se fala em igualdade e justiça também deve ser avaliada e empregada na questão tributária. Para se levar a efeito deve-se respeitar os mecanismos constitucionais da progressividade e capacidade contributiva do contribuinte.

Na Capacidade Contributiva propriamente dita, existe alongada discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não da aplicação da progressividade nas alíquotas aos impostos de natureza real, visto que o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988 expressamente declara que sempre que possível, os impostos de natureza pessoal terão progressividade de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte.

Sob tal aspecto, colaciona-se alguns julgados do STF demonstrando que desde 1999, a alta corte do país possui entendimento pela possibilidade de aplicação da progressividade a tributos diversos dos impostos, bem como a evolução da aplicação da técnica da progressividade no IPTU, no ITR e no IR que se deu sob a forma de emendas legislativas, mudança de entendimentos dos tribunais superiores, discussões doutrinárias e entendimento sumular.

Chega-se ao ponto central com a análise do julgado, RE nº 562.045, de 2013 sobre o ITCMD, em que o STF valendo-se de uma interpretação do artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988 dispôs que a capacidade contributiva é aplicável a todos os impostos, sejam esses classificados em pessoais ou reais, pois é possível aferir a capacidade econômica do contribuinte, de modo que não há motivos para impedir a progressividade dos impostos reais.

O presente artigo consistirá no estudo dessa evolução e mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, por intermédio de uma metodologia bibliográfica e qualitativa, analisando o debate existente na doutrina e jurisprudência acerca de uma arrecadação tributária mais justa.



1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA PROGRESSIVIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO IDEÁRIO DE JUSTIÇA

Na ótica dos direitos a uma sociedade mais justa e equânime, muito se debate sobre os aspectos políticos e jurídicos da Justiça Fiscal. A noção de justiça tributária variou muito segundo as épocas e as formas de tributação.

Segundo Baleeiro¹, "na consciência contemporânea de todos os povos civilizados a justiça do imposto confunde-se com a adequação deste ao princípio da capacidade contributiva."

No entendimento de Carrazza² uma tributação justa é aquela que respeita os direitos fundamentais, estimula condutas que orientam o progresso do país, aplicando-se adequadamente o produto da arrecadação segundo as aptidões econômicas dos contribuintes.

Consta no artigo 1º, da Constituição Federal de 1988³ que o Brasil é uma República e por conta desse tipo de governo, sua essência é fundada na igualdade formal de seu povo. Na República não pode existir distinção entre poderosos e humildes, pois não existe classe dominante, tão pouco classes dominadas.

Nesta esteira, a tributação justa é aquela que respeita a igualdade. É necessário tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigalam, ou seja, o princípio da igualdade bloqueia o tratamento desuniforme às pessoas. Possui duplo objetivo que são de um lado propiciar as garantias individuais contra as perseguições, bem como afastar favoritismos.

O problema da desigualdade no âmbito tributário tem seus efeitos minimizados, também, pelo Princípio da Progressividade aplicada aos impostos, que serve de instrumento acompanhado do entrelaçamento com os outros princípios já percorridos, para que se consiga reduzir tais diferenças.

¹ BALEEIRO, apud OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário*. Capacidade Contributiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p.23.

² CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.94.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 13 out.2017.



Sua origem, segundo as lições de Aliomar Baleeiro⁴ se deu na República Florentina dos séculos XV e XVI, quando Monsterquier defendeu a implantação desse tipo de imposto. No Brasil, o princípio da progressividade ingressou em nosso ordenamento jurídico somente na Constituição Federal de 1988.

Vislumbra-se aplicação obrigatória no Imposto sobre Rendas e Proventos de Qualquer Natureza – artigo 153, § 2º da CRFB/88⁵ - e facultativa para o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – art. 156, § 1º, incisos I e II e art. 184, § 4º, inciso II ambos da CRFB/88⁶.

As leis dos impostos progressivos criam os impostos *in abstracto* devendo estruturá-los de tal modo em que as alíquotas variem para mais à medida que foram aumentando as suas bases de cálculo. Assim, quanto maior a base de cálculo do imposto, maior haverá de ser a alíquota aplicável. Desta forma, aquele que tem maior renda ou patrimônio de maior valor arcará com aumento da carga tributária.

O parâmetro de referência para a variação da alíquota, normalmente, é a própria base de cálculo do tributo. Assim, as bases menores suportam alíquotas menores e as bases maiores suportam alíquotas maiores.

Com essa técnica surge a progressividade tributária, o que significa dizer que a tributação deve ser proporcional a riqueza de cada um respeitando o princípio da capacidade contributiva tributária. Os contribuintes que possuem maior riqueza arcarão efetivamente mais pelos serviços públicos em geral, em favor daqueles que pouco ou nada possuem.

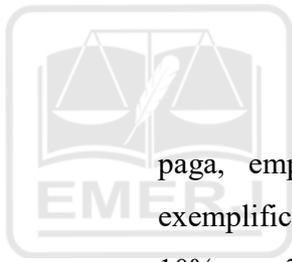
Vale ressaltar que progressividade não se confunde com proporcionalidade, já que esta não se mostra capaz de diferenciar os indivíduos de acordo com as suas forças econômicas. Um imposto é simplesmente proporcional quando sua alíquota não acompanha a base de cálculo, preservando-se sempre uniforme.

A proporcionalidade acaba penalizando o contribuinte de menor poder aquisitivo, pois a título de ilustração prática do raciocínio, quem ganha 10 e paga 1 sofrerá maior oneração do que quem ganha 100 e paga 10, utilizando somente alíquota de 10% sobre a base de cálculo. A distorção só é corrigida com a progressividade, ou seja, quem ganha 10

⁴ BALEEIRO, apud SANTOS JUNIOR, Francisco Alves dos. *Revista da ESMape* - Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. v. 6. n. 13, jan/jun.2001, p.47.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶ Ibid.



paga, empregando-se alíquota de 10% e quem ganha 100 paga 30, adotando-se exemplificativamente alíquota de 30%. Vislumbra-se, portanto, a alteração da alíquota de 10% para 30% conforme a base de cálculo.

A técnica da progressividade tratada até então é a denominada progressividade fiscal, de existência obrigatória. No entanto, há outra progressividade, denominada extrafiscal que é aquela segundo o qual o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Explicito exemplo desta técnica é a previsão contida no artigo 156, § 1º, da Constituição Federal de 1988⁷, que diz que o IPTU terá suas alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e uso do imóvel, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade nos termos do plano diretor. Ou ainda, na forma do artigo 182, § 4º, inciso II do mesmo diploma legal, quando diz que as alíquotas poderão ser aumentadas progressivamente, à medida que o proprietário do imóvel urbano faz mau uso da propriedade, podendo chegar até mesmo em sua perda.

2. INQUIETUDES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA APLICAÇÃO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NOS IMPOSTOS DE NATUREZA PESSOAL E REAL

A expressão “Capacidade Contributiva” foi marcada pelo economista Von Lusti⁸. Aliomar Baleeiro⁹ destaca que ganhou contornos universais quando Adam Smith¹⁰ se apropriou da expressão em seu clássico, *A Riqueza das Nações*, em 1776. Sustentava, como concretização da justiça da imposição fiscal, que todos devessem contribuir para as despesas públicas "na razão de seus haveres".

A tributação orientada pela capacidade contributiva deriva diretamente dos direitos humanos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹¹ de 1789 já a previa, ao estabelecer que a contribuição comum para os gastos públicos deve ser repartida de modo igual entre os cidadãos.

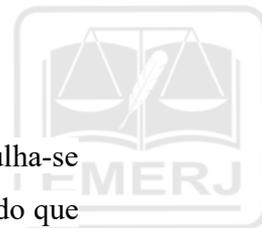
⁷ BRASIL, op.cit., nota 3.

⁸ CARRAZZA, op. cit., p.102.

⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.688.

¹⁰ SMITH, op. cit., p.18.

¹¹ Ibid., p.166.



Tal princípio, da mesma forma, advém da ideia de justiça fiscal. Desembrulha-se do princípio da igualdade e ajuda a realizar os ideais republicanos, que nada mais são do que o Estado exigir que as pessoas contribuam para as despesas públicas na medida da sua capacidade, de maneira que nada deve ser exigido de quem só tem a sua própria subsistência.

Na Constituição Federal de 1988¹², a capacidade contributiva está estampada no art. 145, § 1º. A grande indagação que se faz é, tal expressão, SEMPRE QUE POSSÍVEL, diz respeito à observância do legislador infraconstitucional ao citado princípio ou diz respeito ao caráter pessoal dos impostos?

Sobre esta questão Ives Gandra¹³ sustenta que, "a melhor interpretação do mencionado dispositivo, não obstante sua impropriedade redacional, é no sentido de que a ressalva, sempre que possível, só diz respeito ao caráter pessoal dos impostos, não se aplica no que diz respeito à observância do princípio da capacidade contributiva"

Baleeiro¹⁴, analisando o dispositivo, leciona que "o constituinte impôs a regra a todos os casos, exceto àqueles em que o legislador ordinário se depare com a impossibilidade prática de submeter determinado tributo à personalização e à graduação pela capacidade econômica."

Ricardo Lobo Torres¹⁵, afirma que o princípio constitucional é dirigido ao legislador, que o concretizará sempre que possível, visto que existem impossibilidades fáticas, bem como políticas fiscais que deixam o legislador sem margem de liberdade para efetivação do referido princípio.

Coaduna-se ao entendimento de que não faz sentido um princípio constitucional tributário que se mostre meramente informativo da conduta do legislador. O Sistema Constitucional Tributário está de tal forma moldado em cima de garantias e limitações e essa interpretação destoa de todo o conjunto de normas que informam o Sistema Tributário, mesmo porque sempre será possível observar o imperativo comando do princípio em referência.

¹²BRASIL, op.cit., nota 3.

¹³MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.76-78.

¹⁴BALEEIRO, op. cit., p.281.

¹⁵TORRES, op.cit., p.321.



Sobre a dicotomia entre impostos reais e pessoais, destaca-se valiosa lição de Geraldo Ataliba¹⁶:

são impostos reais aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência limita-se a descrever um fato, ou estudo de fato, independentemente do aspecto pessoal, ou seja, indiferente ao eventual sujeito passivo e suas qualidades. A hipótese de incidência é um fato objetivamente considerado, com abstração feita das condições jurídicas do eventual sujeito passivo; (...) São impostos pessoais, pelo contrário, aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência leva em consideração certas qualidades, juridicamente qualificadas, dos possíveis sujeitos passivos. (...) o legislador, ao descrever a hipótese de incidência, faz refletirem-se decisivamente, no trato do aspecto material, certas qualidades jurídicas do sujeito passivo[...].

Contrário a essa classificação, Sacha Calmon Navarro Coelho¹⁷ aduz que é atitude falha separar os impostos em pessoais, quando incidirem sobre pessoas, e reais quando incidirem sobre as coisas, uma vez que os impostos, quaisquer que sejam, são pagos sempre por pessoas. Mesmo o imposto sobre o patrimônio, o mais real deles, atingirá o proprietário independente da coisa, em face do vínculo *ambulat cum dominus*, consignando que a coisa acompanha o dono.

No mesmo sentido, o professor Hugo de Brito Machado¹⁸ assevera que “não se deve, portanto, afastar dos impostos ditos reais o princípio da capacidade contributiva. Pelo contrário, tal princípio deve ser intensamente aplicado em relação a eles.”

Entretanto tal classificação vem perdendo força desde a aprovação da Emenda Constitucional nº 29, de 2000¹⁹ em que alterou o artigo 156 da Constituição Federal de 1988²⁰, prevendo a progressividade da alíquota para o IPTU, imposto esse classificado como de natureza real.

Outrossim, posteriormente, com o julgamento proferido pelo plenário do STF do RE nº 562.045-0/RS²¹ em que entendeu ser possível a progressividade de alíquotas do ITCMD, também classificado como imposto de natureza real.

¹⁶ ATALIBA, Geraldo. *Hipóteses de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 141-142.

¹⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.51.

¹⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 76.

¹⁹ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000*. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 14 abr.2018.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

²¹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 562.045-0/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>>. Acesso em 13 out.2017.



Naquela oportunidade, como muito bem colocado no voto proferido pela então ministra Ellen Graice²², os impostos de natureza real também admitem personalização. Ilustra como exemplo, o caso do IPTU, no qual admite que pessoas acometidas com doenças graves sejam dispensadas e/ou tenham reduzidos o valor do seu imposto.

Além disso, quando o artigo 145 da Constituição Federal de 1988²³, preceitua que “os impostos, sempre que possível, terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”, não significa dizer que estaria vedando-se a progressividade para impostos que, doutrinariamente, são conceituados como de natureza real.

3. O EMPREGO DA HERMENÊUTICA UTILIZADA PELO STF AO LONGO DOS ANOS

Ao longo dos anos, o STF vem paulatinamente aplicando o princípio da capacidade contributiva aos tributos. Veja que em 01.12.1995, no julgamento do AI-AgR nº 170.271²⁴, de relatoria do então ministro Ilmar Galvão, o STF entendeu pela possibilidade de aplicação da progressividade. No caso concreto, discutia-se a taxa judiciária fixada pela Lei estadual nº 4.952/85 que estipulou percentual progressivo para o cálculo. Destaca-se a ementa:

TRIBUTÁRIO. TAXA JUDICIÁRIA. LEI PAULISTA Nº 4.952/85, QUE ESTIPULOU, PARA O RESPECTIVO CALCULO, O PERCENTUAL DE 1% (UM POR CENTO) ATÉ O VALOR DE 1.500 SALÁRIOS MÍNIMOS, MAIS 0,5% (MEIO POR CENTO) SOBRE O QUE EXCEDER, CONSIDERADO COMO BASE DE CALCULO, O VALOR DA CONDENAÇÃO, DEVIDAMENTE CORRIGIDO. ALEGADA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO LIVRE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO E DA LEGALIDADE. Irresignação improcedente. No primeiro caso por tratar-se de tributo instituído com observância do princípio da progressividade, considerado o valor econômico da causa [...] agravo regimental improvido.

Ainda em 1999, o STF no julgamento do RE nº 232.393²⁵, de relatoria do então ministro Carlos Velloso, proferiu decisão considerando hipótese de graduação da taxa de lixo mediante a divisão do custo do serviço pela dimensão das áreas construídas dos imóveis beneficiados. Veja-se o voto do relator:

²²BRASIL, op. cit., nota 21.

²³BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI AgR nº 170.271. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=279653>>. Acesso em 03 jul.2018.

²⁵VELLOSO, Andrei Pitten. *O Princípio da Isonomia Tributária*. Da Teoria da Igualdade ao controle das desigualdades impositivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.353.

Deve-se entender que o cálculo da taxa de lixo, com base no custo do serviço dividido proporcionalmente às áreas construídas dos imóveis, é forma de realização da isonomia tributária, que resulta na justiça tributária (C.F., art. 150, II). É que a presunção é no sentido de que o imóvel de maior área produzirá mais lixo do que o imóvel menor. O lixo produzido, por exemplo, por imóvel com mil metros quadrados de área construída será maior do que o lixo produzido por imóvel de cem metros quadrados. A presunção é razoável e, de certa forma, realiza, também, o princípio da capacidade contributiva do art. 145, § 1º, da C.F., que, sem embargo de ter como destinatária os impostos, nada impede que possa aplicar-se, na medida do possível, às taxas.

Seguidamente, em 09.05.2000, no julgamento do RE-Agr nº 216.259/CE²⁶, de relatoria do Ministro relator Celso de Melo, novamente foi objeto de exame a taxa de polícia – Taxa de Fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) - deixou assente a Suprema corte que:

A base de cálculo dessa típica taxa de polícia não se identifica com o patrimônio líquido das empresas, incorrendo, em conseqüência, qualquer situação de ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 145, § 2º, da Constituição da República. O critério adotado pelo legislador para a cobrança dessa taxa de polícia busca realizar o princípio constitucional da capacidade contributiva, também aplicável a essa modalidade de tributo, notadamente quando a taxa tem, como fato gerador, o exercício do poder de polícia [...]

Antes da Emenda Constitucional nº 20/2000, o STF no RE nº 153.771²⁷ declarou ser IPTU progressivo inconstitucional em virtude de considerá-lo um imposto real, e por conta disso, incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte.

IPTU. Progressividade. No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. Sob o império da atual constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu art. 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o art. 156, § 1º.

Já no julgamento do RE nº 423.758²⁸, após a citada Emenda Constitucional nº 29/2000²⁹, no que diz respeito a progressividade do IPTU, o Ministro Marco Aurélio votou

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 216.259. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?sl=s1=%28216259%2E+OU+216259%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/ydedwzsh>>. Acesso em: 14 abr.2018.

²⁷Idem. Supremo Tribunal Federal. RE nº 153771. Relator: Ministro Carlos Veloso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28153771%2E+OU+153771%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/zvp4o8t>>. Acesso em: 05 mar.2018.

²⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. RE nº 423768. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28423768%2E+OU+423768%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/hgqw4a2>>. Acesso em: 05 mar.2018.



pela validade da lei em discussão, concluindo por uma interpretação sistemática da Constituição Federal, conferindo a possibilidade da progressividade.

IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – PROGRESSIVIDADE – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29/2000 – LEI POSTERIOR. Surge legítima, sob o ângulo constitucional, lei a prever alíquotas diversas presentes imóveis residenciais e comerciais, uma vez editada após a Emenda Constitucional nº 29/2000.

Ulteriormente, no julgamento da ADI nº 453-1³⁰, em 16.03.2007, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, que julgou improcedente a ação declarando constitucional a cobrança da taxa de fiscalização da CVM para os auditores independentes, cuja norma estabeleceu valores específicos de acordo com a faixa de renda do contribuinte. Destaca-se a ementa:

ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Art. 3º da Lei nº 7.940, de 20.12.1989, que considerou os auditores independentes como contribuintes da taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários. 4. Ausência de violação ao princípio da isonomia, haja vista o diploma legal em tela ter estabelecido valores específicos para cada faixa de contribuintes, sendo estes fixados segundo a capacidade contributiva de cada profissional. 5. Taxa que corresponde ao poder de polícia exercido pela comissão de valores mobiliários, nos termos da lei 5.172, de 1966 – Código Tributário Nacional. 6. Ação Direta de Inconstitucionalidade que se julga improcedente.

O ITCMD está previsto no artigo 155, §1º, incisos I ao IV, da Constituição Federal de 1988³¹. Tanto a legislação constitucional, quanto o Código Tributário Nacional são silentes quanto a possibilidade de aplicação da progressividade da alíquota no referido imposto. Considerando tal circunstância, aliada a parte da doutrina entender ter o imposto natureza real, o STF possuía até 2013, entendimento desfavorável a aplicação da técnica da progressividade.

Ocorre que, em 06.02.2013, ao julgar o RE nº 562.045³², de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, com repercussão geral reconhecida, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidiu pela constitucionalidade do artigo 18 da

²⁹BRASIL, op. cit., nota 19.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 453-1*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409732>>. Acesso em: 03 jul.2018.

³¹BRASIL, op. cit., nota 3.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 562.045/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCALA%2E+E+562045%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+adj2+562045%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/aayssak>>. Acesso em: 14 abr.2018.



Lei Estadual nº 8.821/89³³, não ensejando ofensa ao § 1º do artigo 145 da Constituição Federal de 1988³⁴.

O julgamento não foi unânime tendo sido vencido o relator e o ministro Marco Aurélio. Todavia, pela maioria dos ministros, pode haver sim, a aplicação da progressividade nas alíquotas dos impostos classificados na doutrina como de natureza real.

Já no caso do ITBI, o STF entende que por ser imposto de natureza real, ou seja, grava uma riqueza considerada em si, e não as circunstâncias pessoais do seu titular, não se presta a progressividade. Um exemplo disso é o julgamento, em 09.05.2000, do RE nº 259.339/SP³⁵. Destaca-se:

[...] L. 11.154/91, do Município de São Paulo: inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade, reconhecida pelo STF (RE 234.105), do sistema de alíquotas progressivas do ITBI do Município de São Paulo (L. 11.154/91, art. 10, II), atinge esse sistema como um todo, devendo o imposto ser calculado, não pela menor das alíquotas progressivas, mas na forma da legislação anterior, cuja eficácia, em relação às partes, se restabelece com o trânsito em julgado da decisão proferida neste feito.

O ministro entendeu que se o § 1º, do artigo 145, da Constituição Federal de 1988³⁶ tivesse parado na expressão “segundo a capacidade econômica do contribuinte”, haveria margem para se entender que a celeuma abriria espaço para se considerar a prevalência da justiça social e do Princípio da Autonomia Municipal reconhecendo a admissão da progressividade. Todavia o referido artigo não para aí, prossegue explicitamente dizendo que deve-se ter em conta, sempre que possível, o caráter pessoal dos impostos graduados pela capacidade econômica do contribuinte.

Para o Ministro parece claro que a capacidade contributiva a tomar como critério de graduação do imposto é a capacidade econômica efetiva, real e global do contribuinte. Diante disso, comunga da tese dos doutrinadores Roque e Elizabeth Carrazza de que a propriedade imobiliária de grande valor geraria presunção absoluta – *juris et de jure* – de capacidade contributiva.

³³BRASIL. *Lei Estadual nº 8.821, 27 de janeiro de 1989*. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2008.821.pdf>>. Acesso em: 05 out.2018.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 259.339*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://stf.jus.br/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28RE%2ESCALA%2E+E+259339%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%EACMS%2E+ADJ2+259339%2EACMS%2E%29%base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/oqq6g8v>>. Acesso em: 14 abr.2018.

³⁶BRASIL, op.cit., nota 3.



Em que pese tais orientações, discorda-se visto que assim prevalecendo-se fere de morte todo o ideário de justiça fiscal apreciada pelo legislador constitucional, na medida em que privilegia com isso a proporcionalidade, técnica altamente prejudicial àqueles que possuem menor capacidade contributiva.

O entendimento de que não pode haver progressividade da alíquota do ITBI, por ser um imposto classificado como de natureza real não se socorre, pois tal classificação não se sustenta cientificamente. Sempre se tributa uma pessoa relativamente ao bem que ela possui, pois a riqueza da pessoa sempre é representada por seus bens. Mesmo no imposto sobre a renda são bens do contribuinte que são tributados, e no caso sua renda também é um bem; portanto, também de natureza real.

Veja-se o que diz o doutrinador Sacha Calmon³⁷, a respeito do tema:

a classificação é falha, por isso que os impostos, quaisquer que sejam, são pagos sempre por pessoas. Mesmo o imposto sobre o patrimônio, o mais real deles, atinge o proprietário independentemente da coisa, pois o vínculo *ambulat cum dominus*, isto é, segue o seu dono.

Aliado a isso, é perfeitamente possível transportar para o ITBI os argumentos de Sacha Calmon³⁸, quando o doutrinador entende que o IPTU não possui natureza de imposto real. Além de basear-se no argumento discorrido no parágrafo acima, ele elenca que inexistente no direito brasileiro disposição expressa ou implícita proibindo o legislador de levar em consideração a pessoa do proprietário, pelo contrário, prestigia a personalidade na forma do artigo 145, § 1º da Constituição Federal de 1988.

A progressividade do ITBI foi tida como inconstitucional em 2003, com a edição da Súmula 656 do STF³⁹ com a lógica de não se aplicar aos impostos reais o princípio da capacidade contributiva.

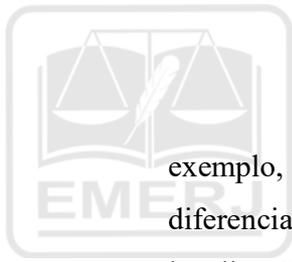
Com a mudança jurisprudencial advinda com a decisão no RE nº 562.045-RS⁴⁰ esvaiu-se os argumentos ensejadores de tal súmula, pois para o cálculo do ITBI, assim como ocorre com o IPTU, pode ser levado em conta as características do imóvel, como por

³⁷COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.82

³⁸Idem. *Comentários a constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 593.

³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 656*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 14 abr.2018.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 21.



exemplo, sua dimensão, sua localização, o luxo, etc. Podendo, portanto, haver alíquotas diferenciadas, conforme os imóveis sejam mais ou menos valiosos, bem como, sua localização e uso do imóvel.

CONCLUSÃO

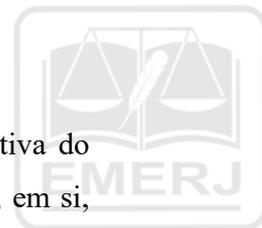
A capacidade contributiva estabelece os critérios fundamentais da tributação. No ordenamento brasileiro, tem caráter imperativo a ser aplicado a todas as espécies tributárias, independentemente da classificação na qual estejam inseridas para que seja perseguido o objetivo constitucional da igualdade tributária.

Por muitos anos o STF entendeu não ser possível a aplicação da progressividade de alíquotas para os impostos de caráter real, isto é, impostos que levam em consideração, para o cálculo, apenas os bens sujeitos à tributação. Entendia-se que a técnica da progressividade apenas harmonizar-se-ia com impostos de caráter pessoal, visto que não levam em conta o bem em si, mas sim, as características individuais do contribuinte. E ainda, ter-se-ia incidência permitida, se a autorização estivesse expressamente prevista na Constituição Federal.

Todavia, a mudança de posicionamento adotado pelo STF em 2013, ao proferir acórdão no RE nº 562.045/RS, foi pela admissão, pela primeira vez, da aplicação da técnica da progressividade nas alíquotas do imposto sobre a transmissão de bens causa mortis e doação – ITCMD.

A reviravolta jurisprudencial ao reconhecer e determinar a possibilidade de aplicação de alíquotas progressivas para o ITCMD, fragilizou toda a argumentação defensiva até então adotada pela Suprema Corte, pois o ITCMD é um imposto classificado pela doutrina como de natureza real, cuja previsão de progressividade não consta no texto da Constituição Federal de 1988. Então, porque não aplicar o mesmo entendimento ao ITBI? Tendo em vista que possui a mesma classificação doutrinária, considerado-o imposto real.

Adotando-se o raciocínio desenvolvido, entende-se que suas alíquotas podem ser perfeitamente progressivas de acordo com o valor do bem, tendo em conta que o contribuinte que adquire o bem com valor X possui capacidade financeira superior àquele que adquire o bem de valor 2x.



É possível constatar, diante de todo o exposto, que a capacidade contributiva do contribuinte há de ser examinada sobre os mais diversos ângulos, inclusive, o valor, em si, do imóvel. Essa premissa deve nortear a solução dos conflitos de interesse ligados à disciplina da progressividade, buscando-se com isso, alcançar o objetivo da República previsto no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, como a existência de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ante o exposto, percebe-se que, dada a real similitude entre o Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortise* Doação – ITCMD – e o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis – ITBI – eles devem ser tratados de forma semelhante. Assim sendo, defende-se que se ao ITCMD é dado a possibilidade de adoção de alíquotas progressivas em razão do valor venal do bem, o mesmo deve ocorrer em relação ao ITBI, visto tratarem-se de impostos semelhantes em sua essência.

Admitir tal progressividade também fará com que se diminua os chamados ‘contratos de gaveta’, ou seja, aqueles contratos em que o imóvel é transferido para terceiro, sem, entretanto, registrar-se tal transferência junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente. Tal expediente se dá, na maioria das vezes, com a finalidade de minimizar os custos.

E ainda, a progressividade também pode servir de estímulo, aquecendo o mercado imobiliário, promovendo o incremento da arrecadação proveniente de receitas próprias, já que estas constituem fontes primordiais para o custeio de despesas e de investimentos necessários ao atendimento das demandas públicas no âmbito municipal.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

BALEIRO, Aliomar. *Limitações ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em 04 dez.2017.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 13 out.2017.

_____. *Emenda Constitucional nº 29, de 13 setembro de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em 14 abr.2018.

_____. *Lei nº 12.514, de 28 de outubro de 2011*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12514.htm> Acesso em 03 jul.2018.

_____. *Lei estadual nº 8.821, 27 de janeiro de 1989*. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2008.821.pdf>> Acesso em 05 out.2018

_____. *Lei Complementar nº 7, de 30 de dezembro de 2002*. Disponível em: <<http://www.legislador.com.br/legisladorWEB.ASP?WCI=LeiTexto&ID=19&inEspecieLei=2&nrLei=7&aaLei=2002&dsVerbete=>>> Acesso em 03 jul.3018

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 453-1*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409732>>. Acesso em 03 jul.2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4697/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12660374>>. Acesso em 03 jul.2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *AI AgR nº 170.271*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=279653>>. Acesso em 03 jul.2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 917594*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9957772>> Acesso em 05 out.2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 153771*. Relator: Ministro Carlos Veloso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28153771%2EENUME%2E+OU+153771%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zvp4o8t>> Acesso em 05 mar.2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 216.259*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2821>>



6259%2ENUME%2E+OU+216259%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydedwzsh>. Acesso em 14 abr.2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 259.339*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+259339%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+259339%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oqq6g8v>>. Acesso em 14.abr.2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 423768*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28423768%2ENUME%2E+OU+423768%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hgqw4a2>>. Acesso em 05 mar.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 562.045-0/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>>. Acesso em 13 out.2017.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários a Constituição de 1988: Sistema Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

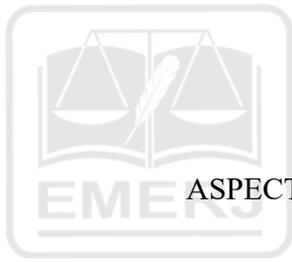
COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA. *Sistema tributário na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário: Capacidade Contributiva, conteúdo e eficácia do princípio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

VELLOSO, Andrei Pitten. *O Princípio da Isonomia Tributária. Da Teoria da Igualdade ao controle das desigualdades impositivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



ASPECTOS PROCESSUAIS EM SEDE DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS: MEIO DE COERÇÃO LEGÍTIMA OU DESPROPORCIONALIDADE

Miguel Marques de Oliveira Filho

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Técnico Judiciário. Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil.

Resumo: as relações de Direito de Família por vezes sofrem intromissão estatal e outras não. Com o passar do tempo, e com as mudanças na estrutura da sociedade, a legislação se altera para se adaptar às novas condições e valores das famílias. Nesse sentido, a execução de alimentos deve se adequar as necessidades da sociedade, dentro do trinômio: necessidade, possibilidade e proporcionalidade. A essência do trabalho é abordar esses princípios de forma prática e possibilitar uma reflexão sobre a evolução do tema na sociedade.

Palavras chave: Direito de Família. Alimentos. Execução. Efetividade

Sumário – Introdução. 1. Análise da execução de alimentos e seus meios coercitivos: aspecto constitucional e legal. 2. Principais alterações ocorridas desde a Lei nº 5.478/68 até a Lei nº 13.105/15. 3. Efetividade dos meios coercitivos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o processo de execução de alimentos. Suas alterações no tempo e efetividade. Procura-se demonstrar que o legislador acertou e errou em alguns momentos, e foi omissivo em outros. Trata-se de uma análise histórico-jurídica e suas consequências na sociedade. Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se as alterações trouxeram avanços ou retrocessos, sem ter como escopo esgotar o tema.

A constituição federal estabelece o dever de a família cuidar da criança e do adolescente com absoluta prioridade. Muitos genitores abandonam seus filhos materialmente e por vezes afetivamente. A análise proposta trás a baila a preocupação do legislador e da atuação do judiciário, a fim de minimizar os efeitos desse abandono material. O tema controvertido, tanto na jurisprudência quanto na doutrina e merecem atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário nas relações familiares.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar a lei de alimentos na sua origem, as modificações efetuadas, a necessidade da sociedade em equilibrar o binômio necessidade de quem recebe alimentos, e a possibilidade de quem os paga e compreender como essa relação foi alterada no ordenamento jurídico-pátrio ao longo dos anos, principalmente depois do advento do



Código de processo Civil de 2015. Pretende-se, ainda, uma reflexão sobre a efetividade desse procedimento no nosso ordenamento jurídico.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da presente Carta Constitucional no Direito de Família e no tratamento dos institutos contemporâneos vinculados a esse ramo do direito.

Segue-se, ponderando, no segundo capítulo, apresentando as principais alterações desde a lei nº 13.105/15, Código de Processo Civil. Faz-se uma análise de cada alteração e sua pertinência.

O terceiro capítulo deste trabalho pesquisa a efetividade dos meios coercitivos. Com destaque para a prisão civil na execução provisória, em vez de última opção. Decerto, de constitucionalidade duvidosa, mas essa questão ainda foi não provocada nos nossos tribunais. Forma de resposta à sociedade e urgência de quem necessita de alimentos. Recrudescimento do procedimento e justificativas.

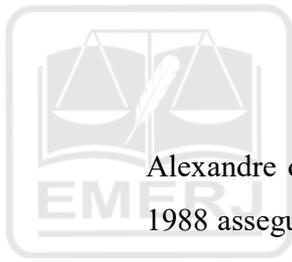
A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

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

1. ANÁLISE DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS E SEUS MEIOS COERCITIVOS: ASPECTO CONSTITUCIONAL E LEGAL

A Constituição Federal¹ deve ser a base de todo trabalho jurídico. Neste sentido a proposta, ora apresentada deste artigo têm suas raízes constitucionais em razão da necessidade premente das questões das verbas alimentícias, calcada nos princípios da dignidade da pessoa humana e no direito à vida. Dignidade, no sentido amplo da palavra, comportando educação, saúde, alimentação adequada, vestuário, lazer e o direito à vida, que todo ser humano deve ter e ser garantido pelo Estado. O constitucionalista e atual ministro do Supremo Tribunal Federal

¹ BRASIL, *Constituição da república federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set 2018.



Alexandre de Moraes² preleciona acerca dos princípios delineados: “A Constituição Federal de 1988 assegura, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.”.

Nem sempre esses direitos são respeitados, o que faz com que o Estado utilize-se de força coercitiva, que por veze, se faz necessária, no sentido de dar efetividade a tutela jurisdicional pretendida. O instrumento da execução, enquanto força legal assegura o direito material. Nessa seara, o legislador previu diversas formas de se executar tais créditos, como por exemplo, débitos alimentares supridos com desconto em folha de pagamento do trabalhador, desvio de renda proveniente de aluguel ou qualquer tipo de rendimento auferido pelo executado, penhora de bens e a prisão civil do alimentante inadimplente de forma voluntária. Porém tão importante quanto a forma de execução, é a verdadeira eficácia do instrumento de cobrança. Nesse sentido, o professor e também ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso³, assim se posiciona sobre a efetividade: “A efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.”.

Os alimentos estão entre aqueles direitos dotados de valor máximo de direito fundamental, sendo o imediato pagamento, medida essencial para garantir, em muitos casos, a sobrevivência do credor. Ocorrendo a inadimplência, deve o Poder Judiciário responder com meios eficazes de prestação jurisdicional, mas não necessariamente desproporcional, a ponto de provocar desequilíbrio na relação de quem paga, para com quem recebe. Deve haver uma correlação do binômio: necessidade e possibilidade.

Das diversas formas prescritas em lei para a execução da sentença de alimentos, algumas têm chamado a atenção no ambiente jurídico, com a finalidade de dar celeridade ao processo, o legislador criou a figura da penhora online, procedimento largamente utilizado em procedimentos consumeristas. Em um primeiro momento poderia dar a impressão de “abuso de direito”, uma invasão ao sigilo bancário, em que o contraditório se dá de forma diferida, podendo ou não resultar em bloqueio de bens. No entanto, em se tanto de alimentos, é plenamente justificável, na

² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34 ed. São Paulo. Atlas. 2018.p. 35.

³ BAROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p. 258.



medida em que se há saldo em conta corrente, poupança ou investimentos, parte destes valores devem ser redirecionados para quem deles necessita, de forma urgente, na forma da lei, já que quem gerou essa situação foi o próprio devedor.

Fazendo-se uma análise a respeito da execução de alimentos no tempo, tem se verificado que o legislador “apertou o cerco” em cima do devedor. Desde a edição da lei nº 5.474/68, diversas alterações foram feitas no sentido de se trazer maior efetividade a cobrança dos alimentos, a pergunta que se faz é, todas essas alterações tem trazido maior eficácia. Deve se atentar que a lei especial de alimentos continua em vigor, e que apenas sofreu uma derrogação de alguns de seus artigos. Essa análise será feita melhor no segundo capítulo desse trabalho.

O Código de Processo Civil de 1973⁴, apesar de ser mais recente do que a lei especial trouxe mais dúvidas do que certezas, prevendo por exemplo, prisão e até 90 dias, quando a Lei nº 5.478/68 previa 60 dias. Alterações, mesmo significativa, vieram com a Lei nº 11.232/2005⁵, com a introdução do artigo 475-J, que previa o pagamento em 15 dias, sob pena de multa de 10 % sobre o valor da dívida. Tornou o processo sincrético, em vez de duas fases com cognição e execução.

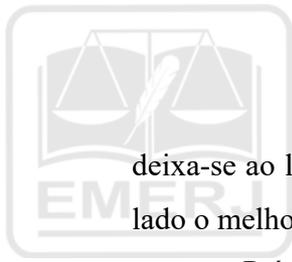
Em 2008 surgiu a lei dos alimentos gravídicos, Lei nº 11.804/08⁶, trazendo um pouco de segurança as mulheres grávidas, em que seus companheiros se recusavam a prestar qualquer tipo de ajuda, deixando as gestantes a própria sorte. Em 2015, surge a Lei nº 13.105/15, o atual Código de Processo Civil, trazendo no seu bojo algumas novidades, que por ter caráter eminentemente de clamor popular, beira a inconstitucionalidade. Fato é que avançou-se muito nessa matéria a nível legislativo, mas olhando por uma lente constitucional, levando em consideração que todas as leis infraconstitucionais devem ser elaboradas de forma a não ferir os valores estabelecidos na nossa carta maior, fica a questão. Até que ponto se pode chegar em nome da eficácia da execução.

O CPC/2015 em seu artigo 1º consagra que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas estabelecidos na Constituição Federal. Trata-se de constitucionalização das leis, um caminho sem volta, e desejável que assim seja. Dessa forma,

⁴ BRASIL, *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁵ BRASIL, *Lei nº 11.232*, de 22 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁶ BRASIL, *Lei nº 11.804*, de 05 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.



deixa-se ao leitor uma reflexão sobre esse tema. Basicamente dois princípios se chocam, por um lado o melhor interesse da criança/adolescente, por outro, a menor onerosidade ao devedor.

Práticas executórias, como protesto do nome do devedor de alimentos, inserção nos cadastros restritivos de crédito, no cartório de registro de imóveis, no Detran, desbancaram da área relativa ao consumidor e veio de “paraquedas” como meio de coerção ao devedor. Nem todos os instrumentos coercitivos de uma matéria servem exatamente para outra matéria, há de se fazer adaptações, sob o risco de fazer com que o devedor de alimentos não tenha meios de adimplir sua obrigação em função de estar sem crédito.

Merece destaque, o fato e que agora, o desconto no contracheque do devedor pode incluir débitos pretéritos, desde que não ultrapasse o limite de 50% dos seus ganhos líquidos, artigo 529 § 3º do CPC/2015. Trata-se de uma solução engenhosa que permite equilíbrio nessa relação tempestuosa. Possibilita ao devedor saldar sua dívida aos poucos, sem onerá-lo em demasia.

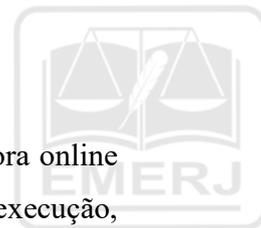
Fato que também merece ser analisado com cuidado é a previsão do artigo 520§§ 3º e 4º do CPC/2015, que prevê a prisão civil do executado no início da execução, fazendo com que, o que seria a “ultima ratio”, passe a ser a primeira, além do fato de que é expressamente colocado o regime fechado.

Assim convida-se o leitor a uma reflexão sobre a constitucionalidade desses mecanismos. A previsão legal, que ora se apresenta, se desvia do processo legal constitucional, A ideia de que toda lei infraconstitucional deve necessariamente advir de princípios do ideal igualitário de aplicação da justiça não deve ficar comprometido em nome da eficiência.

2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES OCORRIDAS DESDE A LEI Nº 5.478/68 ATÉ A LEI Nº 13.105/15

A Lei nº 5.478/68 não foi revogada com a vigência da Lei nº 13.105/15 (atual código de processo civil), apenas alguns artigos foram revogados. Da antiga lei até hoje diversas mudanças legislativas aconteceram. Com a entrada em vigor do código de processo civil de 1973 a execução de alimentos passou a ser descrita em dois principais artigos. O artigo 732 que previa a execução por penhora de bens, a ser feita dentro dos próprios autos e a execução por prisão civil, na forma do artigo 733, em autos apartados.

As dificuldades inerentes a essas execuções eram enormes. Normalmente existia uma



dificuldade de encontrar bens do devedor, somente mais tarde com o advento da penhora online foi possível a expropriação mais eficaz, no entanto, ainda continuava muito difícil a execução, por falta de bens ou de encontrá-los. Na maior parte das vezes, posteriormente acabava por alavancar uma execução mais rígida, ou seja, desaguava em uma segunda execução, pelo rito do artigo 733, que ocasionava a prisão do devedor. Esta, em que pese a gravidade e ser a última opção, é a que mais tinha eficácia.

Diversas interpretações entre a lei nº 5.474/68 e o CPC de 1973 geravam decisões diferentes dos tribunais sobre o mesmo fato. A lei antiga previa prisão de até 60 dias, enquanto do CPC da época previa até 90 dias. Divergência que ficou disciplinado pelo artigo 528 parágrafo 3º do CPC de 2015. A lei atual, não só confirmou o prazo máximo de 90 dias, como determinou que seja cumprida em regime fechado, separado dos presos comuns. Houve uma ratificação da súmula 309 do STJ, ou seja, o executado só pode ser preso pelas 3 últimas prestações alimentícias inadimplentes.

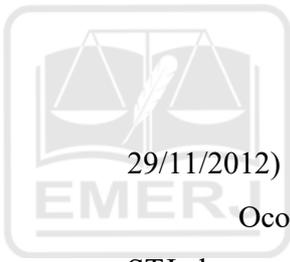
O STJ⁷ em 06/02/2018, no julgamento do Resp nº1557248/MS da relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, decidiu que:

O princípio da paternidade responsável consta da Constituição Federal em seu art. 227, caput, e representa uma das facetas da dignidade humana. O procedimento executório relativo à coação pessoal exige que o crédito alimentar tenha prestação pecuniária limitada às últimas três prestações antecedentes ao ajuizamento da execução e às que se vencerem no curso do processo (arts. 733 do CPC/1973 e 528, § 4º, do CPC/2015 e Súmula nº 309/STJ).

Era comum diversos tribunais do país, a exemplo do Rio Grande do Sul e do Mato grosso concederem prisão civil por dívida de alimentos em regime aberto, sendo que no caso do Rio Grande do Sul muitas vezes ocorria a substituição por prisão domiciliar, uma vez que não se considerava, em regra, pessoas perigosas para a sociedade. Diziam os acórdãos: “Se comprovado o exercício de atividade remunerada, prioriza-se a prisão civil pelo regime aberto, viabilizando-se, de tal modo, o pagamento da dívida alimentar.”⁸(Agravo de Instrumento nº 70051388924, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em

⁷ BRASIL, Superior Tribunal de justiça. *Resp nº 1557248/MS*. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549668272/recurso-especial-resp-1557248-ms-2015-0230134-1/inteiro-teor-549668318?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de instrumento nº 70051388924*. 8ª Câmara Cível. Julgado em 29/11/2012. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112246733/agravo-de-instrumento-ai-70051388924-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 set. 2018.



29/11/2012)

Ocorre que a sociedade exige do legislador cada vez mais rigidez na aplicação da lei, e o STJ abarcando a ideia do CPC atual, confirmou o regime fechado, sendo o aberto ou semiaberto apenas em casos excepcionais.

Com o advento da lei 11.232/05, o rito passou a ser sincrético, com a finalidade de dar maior celeridade ao percurso do processo e diminuir as agruras e uma execução foi alterada a legislação. A sentença que impõe a obrigação de pagar alimentos tem natureza condenatória e por meio de simples petição o credor requer o cumprimento de sentença, Foi inserido o artigo 475-J, em que o devedor pagaria a quantia fixada no prazo de 15 dias ou teria uma multa no valor de 10 % como acréscimo e poderia o autor indicar bens a penhora, invertendo a indicação pelo devedor. Sendo os meios de defesa à época o rol do artigo 475-L, ficando os embargos a execução, limitada a execução de título extrajudicial.

O professor e doutrinador Rolf Madaleno⁹ comenta a questão da seguinte forma: “ reformas processuais surgidas com o advento da lei nº 11.232/05, denominada lei de cumprimento de sentença, tiveram enorme repercussão também no Direito de família, com a extinção do rito da execução, que foi substituído pelo cumprimento da sentença, mas cuja aplicação na execução de alimentos dividiu a doutrina e a jurisprudência. “

A execução de alimentos no CPC de 2015 inicia-se no artigo 528, dessa vez houve uma separação expressa do legislador, utilizando-se de um rito próprio. Manteve o cumprimento de sentença, sendo o executado intimado para pagar em 3 dias, ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. As consequências do não pagamento são: protesto do título judicial, inscrição nos cadastros restritivos de crédito, penhora de bens e valores, possibilidade de desconto em folha no valor da pensão, acrescentado de eventuais valores em atraso, até o montante de 50% do valor dos vencimentos do executado, respondendo o empregador por crime de desobediência, em caso de não efetuar os descontos e possibilidade de execução de título extrajudicial e a prisão civil. Além disso, o magistrado pode enviar os autos para o Ministério Público a fim de averiguar possível crime de abandono material.

O fato de a execução ser provisória ou definitiva, constritiva de bens ou restritiva de liberdade foram unificados pelo CPC/2015, nas palavras da doutrinadora Fernanda Tartuce¹⁰, “O

⁹ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. Rio de Janeiro:forense,2017.p1.069.

¹⁰ TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de Família*. São Paulo: Método, 2018, p. 273.



procedimento passa a abranger, na mesma relação processual, a possibilidade de prisão (artigo 528, parágrafo 4) e de constrição patrimonial (artigo 530, incluindo. Ainda, no caso de título judicial a possibilidade de protesto da decisão(artigo 528, parágrafo 1)."

Houve uma alteração interessante e eficaz com relação a comunicação dos atos processuais e no chamamento do devedor de alimentos, possibilidade de citação via postal, citação por hora certa e também por meio eletrônico.

3. EFETIVIDADE DOS MEIOS COERCITIVO

Para uma análise pormenorizada dos meios de coerção que obrigam o devedor de alimentos a fazer o pagamento da pensão alimentícia e verificar a efetividade da execução, faz-se mister uma reflexão sobre os meios mais gravosos que foram se incorporando as legislações sobre o tema no decorrer desse espaço temporal entre a Lei nº 5.474/68 até a lei nº 13.105/15.

Possibilidade de protesto e inserção do nome do devedor nos cadastros restritivos de crédito. A primeira vista parece ser uma ideia interessante, na medida em que o devedor sente-se pressionado, fica impossibilitado de realizar um contrato de crédito, e a tendência é que com esse meio coercitivo o devedor rapidamente faça o pagamento da prestação alimentícia.

No entanto, as consequências práticas podem ser desastrosas, na medida em que, caso o devedor se encontre fora do mercado de trabalho terá dificuldades de retornar, uma vez que diversas empresas consultam os serviços do SPC/SERASA antes de contratar seus funcionários. Outra questão, também relevante, é que o serviço de proteção ao crédito foi criado para proteger o lojistas de maus pagadores, enquanto o serviço realizado pelo SERASA foi criado para proteger as instituições financeiras de eventual inadimplemento. A reflexão que se deve fazer é, qual a relação da dívida alimentar com consumo - no caso do SPC e eventual contrato com instituição financeira – no caso do SERASA, em tese nenhuma. O mesmo se diga com relação ao protesto que foi criado para proteger o crédito. Nesse sentido, deve ser avaliado a congruência entre a criação do legislador e a finalidade da lei. Em tese não há nexos causal entre uma coisa e outra.

No que tange à penhora de bens, esta foi mantida e aprimorada com a possibilidade de penhora on-line. Método eficiente, de resposta rápida, adequada as necessidades e urgência que a matéria exige. A possibilidade de acrescentar as dívidas pretéritas, aumentando o percentual de descontos até 50% da renda do executado, também foi medida adequada, na medida que permite ao devedor saldar seu débito de forma parcelada, sem que haja ofensa a renda mínima do



trabalhador, que por consequência iria afetar diretamente o princípio da dignidade humana.

Com relação a possibilidade de prisão, ainda na fase de execução provisória, sem que haja uma busca de bens, penhora online, em tese haveria uma afronta ao princípio da menor onerosidade da execução. Sabe-se que nesses processos que envolvem Vara de Família, em especial ação de alimentos, os ânimos ficam acirrados, Por vezes as partes se sobrepõem à razão e é possível que a genitora queira a prisão imediata do devedor, sem pensar nas consequências dessa providência.

Nosso sistema prisional é um caos, segundo dados estatísticos o Brasil possui uma população carcerária de mais de meio milhão de pessoas. Os dados do CNJ¹¹ de 06/08/2018 constata 602.217 presos. Do total de pessoas privadas de liberdade no país, 0,11% são presos civis; 0,15% são pessoas cumprindo medida de segurança na modalidade internação; 99,74% são pessoas presas em processo de natureza penal.

Ocorre que não existe espaço para tanta gente, principalmente em regime fechado. Na realidade, no caso do Rio de Janeiro, presos por dívida alimentar, por falta de vagas no sistema prisional, são direcionados aos presídios, convivendo com toda espécie de delinquentes. Em que pese a lei de execuções penais determinar cela especial para esse caso, conforme reza o artigo 201 da Lei nº 7.210/84¹², o fato é que não se dispõe de informações precisas se, de dentro das instituições carcerárias, há um completa segregação do devedor de alimentos, que diga-se de passagem, não está a cumprir pena de caráter criminal, mas sim prisão civil com previsão legal. Além da previsão do artigo 528, § 4º do CPC¹³, determinar que o preso proveniente de prestação alimentícia inadimplida fique separado dos presos comuns.

Nesse sentido, deve-se adequar o procedimento legal, com construções de pequenas unidades para exclusiva custódia de devedor de prestação alimentícia, uma vez que alas separadas vão acabar por retirar vagas de quem tem de ficar preso em regime fechado por ter cometido crime com pena superior a 8 anos de reclusão, ou daquele que cumpre pena criminal em regime semiaberto, mas que tem de retornar a prisão para dormir.

A prisão civil que foi abolida no caso do depositário infiel foi um avanço da sociedade

11 CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>. Pg 31. Acesso em: 20 de set. 2018.

12 BRASIL, Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

13 BRASIL, Lei nº 13.105, de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.



brasileira, existem formas mais civilizadas de se receber um crédito. A questão que permanece é, porque enrijecer a coerção executiva privando o cidadão de sua liberdade, quando ele poderia estar produzindo, a fim de manter os pagamentos dos débitos adimplentes.

Deve-se ter como exemplo medidas que resultaram em sucesso, na finalidade maior que é o adimplemento da pensão alimentícia. Nesse sentido o Tribunal do Rio Grande do Sul tomou uma medida não prevista expressamente em lei, mas que devido ao poder geral de cautela do magistrado e o atendimento ao princípio maior de que o magistrado deve atender aos fins sociais na aplicação do ordenamento jurídico. Tal medida foi eficiente e teve a concordância legítima do devedor. Trata-se de liberação dos valores depositados a título de FGTS ou PIS do trabalhador para pagamento do débito alimentar, em vez de decretar a prisão civil do devedor.

Nesse sentido, decisão do STJ¹⁴, da lavra do ilustre Ministro Luis Felipe Salomão: “Este Tribunal preconiza a possibilidade de penhora de conta vinculada do FGTS e do PIS em se tratando de ação de execução de alimentos, por envolver a própria subsistência do alimentado e a dignidade da pessoa humana.”

Nessa seara, deve-se observar que existem diversas possibilidades de se executar o devedor, de forma mais eficaz, uma vez que a camada mais pobre da população que tem débito de prestação alimentícia e não possui condições de efetuar o pagamento, caso não convença o magistrado de sua impossibilidade, acaba por cumprir pena de prisão em regime fechado, sem pagar o débito e continuar com a mesma dívida.

Deve-se ter em mente que ao passar dos tempos a sociedade evolui para se adequar as suas necessidades. Na ordem de que os fatos acontecem, as pessoas fazem um juízo de valor desses fatos, ajustam um determinado comportamento, que por vezes apenas geram um costume ou é transformada numa determinada lei.

No caso específico da ação de alimentos e seu processo de execução, ocorreram diversas modificações, conforme pode se depreender desse trabalho, diversas leis foram introduzidas ou simplesmente modificadas. No entanto, a visão unilateral de que somente a rigidez da norma pode levar a eficácia, por vezes vai de encontro ao interesse maior, que é o adimplemento da prestação alimentícia.

14 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp 1427836/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=AGRG+NO+RESP+1427836%2FSP&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso: em 20 set 2018.



Atente-se para o fato de que a única prisão civil que permaneceu em nosso ordenamento jurídico é do devedor de alimentos inadimplente. O fato de se considerar como meio de coerção legítima, no sentido de que existe amparo legal, não significa necessariamente que todo aquele que fica segredado da sociedade vai adimplir sua dívida. Pelo contrário, se está preso é porque não pagou sua dívida.

Na verdade, o que pode eventualmente ocasionar um pagamento, é a ameaça que o indivíduo sofre, diante de um mandado de prisão, ou seja, é o medo. Tal fato, o equipara a criminoso, o que na maior parte das vezes, não é o caso.

Devedor de alimentos tem que honrar seu compromisso, não pode deixar uma criança sem o mínimo necessário ao seu sustento. No entanto, como já dito, existem diversas formas de se manejar uma execução, bem mais eficazes e bem menos gravosas. Há aqueles que defendem que a legislação atual é o suficiente, não sendo necessária qualquer alteração legislativa. Mas a questão posta é que a evolução da sociedade está acontecendo muito mais rápida do que as respostas legislativas.

A efetividade dos meios coercitivos no aspecto da execução de alimentos, entenda-se o intérprete, como meio legítimo ou desproporcionalidade, deve ser analisado com muita cautela. O equilíbrio das decisões judiciais deve ser pautado pelo bom senso que a razão determina. A mera aplicação da lei, sem levar em consideração o caso concreto, pode resultar em prejuízos para ambas as partes, tanto para o devedor, quanto para o credor.

Observe-se que cada caso é um caso, não faz sentido uma padronização na execução de alimentos para quem pode pagar e se recusa, daquele que não possui condições de fazê-lo. É necessário que seja feita uma reflexão sobre o uso dos meios coercitivos. Medidas alternativas, inteligentes e eficazes, deve ser a meta dos gestores públicos, caso contrário, virão novas legislações mais rígidas e com resultados duvidosos.

Na análise do caso concreto o operador do direito poderá ter uma visão mais aprimorada dos fatos, sem que corra riscos de decisões precipitadas e basicamente positivistas. Nesse sentido, deve ser estimulada uma reflexão mais aprofundada da atual realidade e daquilo que é passível de mudanças.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, o enrijecimento da execução de alimentos. O trabalho baseou-se numa construção jurídica e de reflexão, seus aspectos legais e sua eficácia. a execução de alimentos através do tempo, tendo como marco inicial a Lei nº 5.478/68 até a Lei nº 13.105/15, atual código de processo civil e sua efetividade.

No primeiro capítulo foi feita uma análise constitucional e da legislação infraconstitucional inerentes a questão do direito aos alimentos. A ideia de que existem diversas formas de se exigir esse direito e sua execução forçada. Verificou-se que todas as alterações legislativas foram feitas no sentido de deixa-las mais rígidas, algumas de forma bem interessante e útil, outras com pouca criatividade e de constitucionalidade duvidosa. A intenção é de que o leitor reflita sobre essas alterações e compare com os entendimentos dos tribunais, fazendo seu próprio juízo de valor

Ao longo do segundo capítulo pode-se verificar que ocorreram mudanças significativas ao longo do tempo, principalmente com o a utilização de tecnologia, como foi o caso da “penhora online”. Nesse sentido, apresentou-se a evolução dos diversos tipos de execução, dando-se ênfase a prisão civil, que era considerado como “última ratio” e passou-se a admitir como forma de coerção logo no início da execução. Viu-se formas criativas e inteligentes, a fim de evitar a privação da liberdade.

No terceiro capítulo foi feita uma análise da eficácia dos institutos utilizados para execução do devedor de alimentos. As novidades trazidas pelo CPC de 2015, que tem como escopo a Constituição Federal de 1988, que consagra os direitos da dignidade da pessoa humana e outros princípios protetivos, mas que por opção do legislador e influência das questões sociais que aflige quem necessita de alimentos de forma urgente, implementou normas coercitivas, tendo uma possível visão unilateral.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que é possível soluções menos agressivas que possam causar graves desproporções jurídicas. O embate materializa-se pelo confronto entre o credor de alimentos, que tem pleno direito de receber seu sustento, assim como também tem urgência, com o devedor que deve ter sua possibilidade de efetuar o pagamento das prestações alimentícias de forma menos gravosa.



O caso exige reflexão de toda a sociedade, e não somente do poder judiciário. A participação de sociólogos, psicólogos, professores, estudantes, membros de todos os poderes podem contribuir para que no futuro as próximas legislações sobre o tema não tenham apenas como finalidade apenas torná-las mais rígidas e sim mais inteligentes.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

BRASIL, *Constituição da república federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set 2018.

_____. *Lei n° 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Lei 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 10 out. 2018

_____. *Lei n° 11.232*, de 22 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Lei n° 11.804*, de 05 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>. Acesso em: 10 set. 2018

_____. *Lei n° 13.105*, de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp 1427836/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=AGRG+NO+RESP+1427836%2FSP&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso: em 20 set 2018.

_____. Superior Tribunal de justiça. *Resp n° 1557248/MS* . Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549668272/recurso-especial-resp-1557248-ms-2015-0230134-1/inteiro-teor-549668318?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de instrumento n° 70051388924*. 8ª Câmara Cível. Julgado em 29/11/2012. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112246733/agravo-de-instrumento-ai-70051388924->



CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas. 2018.

TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil no Direito de Família*. São Paulo: Método, 2018.

Site www. Cnj.jus.br. *Banco nacional de monitoramento de prisões*. p 31. Acesso em: 20 set. 2018



O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS COMO UMA FICÇÃO JURÍDICA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO – UMA ANÁLISE SOBRE A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Naiara Lisboa da Silva

Graduada pela Universidade
Candido Mendes. Advogada.

Resumo – atualmente, no processo penal, observa-se que por diversas vezes existe uma supremacia da acusação sobre a defesa. Isso viola o princípio da paridade de armas e, conseqüentemente, também viola os princípios da isonomia, do devido processo legal e do contraditório. O Ministério Público, mesmo quando atua como parte, possui prerrogativas que não são concedidas à defesa. Assim, a presente pesquisa visa analisar se o princípio em estudo seria apenas uma ficção jurídica.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Princípio da Paridade de Armas. Devido Processo Legal. Isonomia.

Sumário – Introdução. 1. A disparidade de armas como violadora dos direitos fundamentais à igualdade, à ampla defesa e ao contraditório. 2. Inexistência de ampla defesa no processo em razão da ausência de paridade de armas na investigação criminal. 3. A influência da posição física das partes na sala de audiências na perspectiva dos jurados e testemunhas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute se o princípio da paridade de armas seria tão somente uma ficção jurídica no processo penal. Busca-se demonstrar que a violação ao referido princípio tem reflexos em diversos outros princípios, inclusive garantidos constitucionalmente.

O trabalho enfoca a temática da ausência de aplicação do princípio da paridade de armas no processo penal que gera violação aos princípios constitucionais da igualdade, da ampla defesa e do contraditório, o que caracteriza uma verdadeira deformação do devido processo legal.

O princípio da paridade de armas está ligado a uma igualdade de instrumentos de investigação e de tratamento entre as partes. A relação do juiz com ambas as partes deve ser equidistante, para que seja garantida a igualdade na possibilidade de cada parte influenciar a decisão judicial.

Contudo, no processo penal brasileiro o princípio não vem sendo efetivamente respeitado. As possibilidades de investigação criminal oferecidas à acusação, por meio da



polícia militar, polícia civil, Ministério Público e assistente de acusação são infinitamente superiores às possibilidades do advogado ou defensor público.

Além disso, na sala de audiências, o promotor tem seu lugar ao lado do juiz, enquanto que o advogado ou defensor público deve se sentar mais abaixo. Há indícios de que esse fato influencia o depoimento de testemunhas, e, de forma mais grave, o entendimento dos jurados no Tribunal do Júri.

Dessa maneira, o princípio da paridade de armas no processo penal aparenta ser apenas uma ficção jurídica no ordenamento brasileiro. A inexistência prática do princípio viola os princípios da igualdade, da ampla defesa e do contraditório, todos previstos constitucionalmente.

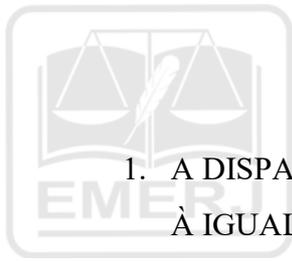
Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com o debate sobre até que ponto se poderia dizer que a disparidade de armas no processo penal, tanto na fase de inquérito quanto na fase processual, caracterizariam violação aos princípios da igualdade, da ampla defesa e do contraditório, gerando reflexos no princípio do devido processo legal.

No segundo capítulo, a indagação é sobre a possibilidade de se sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que a ausência de paridade de armas na investigação criminal poderia gerar prejuízo ao acusado, mesmo se tratando de fase inquisitorial. Objetiva-se comprovar que a discrepância entre as possibilidades de investigação da acusação e da defesa acarreta violação ao princípio da ampla defesa, prejudicando o réu.

O terceiro capítulo traz para a pesquisa indagações sobre a possibilidade de se afirmar que a posição das partes na sala de audiências poderia levar os jurados e as testemunhas a uma ideia de soberania da acusação em detrimento da defesa. Busca-se defender a necessidade de modificação das posições das partes na sala de audiência, para que se alcance uma equidistância em relação ao juiz.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. Será feita uma análise do ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao princípio ora estudado. Esta análise levará a um texto argumentativo por meio do qual se pretende provar um ponto de vista.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativo. A pesquisadora pretende utilizar livros de renomados doutrinadores, legislação, artigos científicos já publicados e jurisprudência dos Tribunais Superiores.



1. A DISPARIDADE DE ARMAS COMO VIOLADORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À IGUALDADE, À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO

De acordo com o princípio da paridade de armas, as partes devem ver assegurada a igualdade de direitos e deveres, de ônus, sanções processuais, garantias e possibilidade de defesa dos seus argumentos, conforme previsto no artigo 7º, do Código de Processo Civil¹. É utilizado no processo penal por meio da aplicação do artigo 3º, do CPP² que dispõem que a lei processual penal admite interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Trata-se de princípio decorrente do princípio do contraditório.

Segundo Eugenio Pacelli³, o princípio do contraditório exige a garantia de participação em simétrica paridade. Ele diz ainda que o contraditório, além de garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação a ambos também garante que a oportunidade da resposta possa se realizar na mesma intensidade e extensão.

Sendo assim, extrai-se dos comentários de Pacelli⁴ que o princípio da paridade de armas está intrinsecamente ligado ao princípio do contraditório. É certo que a inobservância do princípio do contraditório é causa de nulidade absoluta no processo. Logo, se o princípio da paridade de armas for violado é possível sustentar que também haverá causa de nulidade absoluta em razão da inevitável violação ao princípio do contraditório, já que estão interligados.

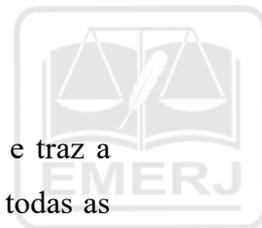
Para ilustrar, imagine-se uma situação em que após o Ministério Público dar um parecer sobre uma ação penal o juiz não abre prazo para que a defesa do acusado se manifeste. Nesse caso, ambos os princípios foram violados. O princípio da paridade de armas foi violado porque o Ministério Público teve a oportunidade de apresentar um parecer e a defesa não teve a garantia de apresentar seu ponto de vista sobre o tema. E o princípio do contraditório não foi observado porque não houve direito de resposta do réu para uma alegação feita pela acusação.

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei 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: 15 abr. 2018.

² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

³ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017. E-book, p. 37.

⁴ Ibid.



O princípio da ampla defesa está previsto no artigo 5º, LV, da CRFB/88⁵ e traz a obrigatoriedade do Estado em garantir ao acusado a possibilidade de se defender de todas as acusações proferidas contra ele. O princípio abrange a autodefesa e a defesa técnica.

Quando se fala em defesa técnica, nota-se que o réu possui a prerrogativa de ser representado por advogado constituído, advogado dativo nomeado ou defensor público. O réu necessita de um profissional habilitado para realizar sua defesa técnica. Ademais, é necessário que esse profissional efetivamente cumpra seu papel como defensor. Não se admite uma defesa técnica apenas formal.

Pela vertente da autodefesa, o acusado possui direito ao interrogatório e a estar presente no momento da audiência. Esse princípio é relativizado quando a vítima solicita que seu depoimento não seja feito na frente do réu. Contudo, para que o direito de ambas as partes fosse garantido, seria recomendável o depoimento da vítima fosse feito por videoconferência.

Essa hipótese já foi prevista no artigo 217, do Código de Processo Penal⁶, que preceitua a possibilidade de inquirição da vítima ou da testemunha por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determina-se a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. O CPP traz no artigo 185, §2º⁷, também a possibilidade de interrogatório do réu feito por videoconferência.

Todavia, essa não costuma ser a solução adotada pela maioria dos Tribunais. Alguns doutrinadores entendem que os depoimentos prestados sem a presença do réu violam o princípio da ampla defesa e da paridade de armas.

É certo que o defensor do réu continuará na sala durante os depoimentos. Entretanto, não estar presente neste momento dificulta a autodefesa do réu, já que ele não saberá o que já foi dito em audiência no momento de seu interrogatório, que ocorrerá logo em seguida. Só o acusado pode perceber se algum detalhe falado pela vítima não se trata da pura verdade, para, assim dar sua versão no momento oportuno, ou, até mesmo, alertar seu defensor para que faça as perguntas certas.

Essa situação, ao violar a autodefesa, também gera reflexos negativos nos princípios do contraditório e da paridade de armas a que teria direito o réu.

O princípio da igualdade tem por base o artigo 5º, da CRFB/88⁸, segundo o qual todos são iguais perante a lei. Ada Pellegrini Grinover⁹ assim afirmava:

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 5.



a igualdade tem uma dimensão estática e outra dinâmica. Na dimensão estática, o axioma de que todos são iguais perante a Lei parece configurar (...) mera ficção jurídica, no sentido de que é evidente que todos são desiguais, mas essa patente desigualdade é recusada pelo legislador. Na dimensão dinâmica, porém, verifica-se caber ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real.

Esse princípio também está extremamente ligado ao princípio da paridade de armas. Na verdade, em alguns pontos eles até se confundem. Alguns doutrinadores brasileiros preferem trata-los conjuntamente. O princípio da paridade de armas depende muito da igualdade dada às partes durante a tramitação do processo.

No processo penal, o juiz tem o papel de sempre observar a garantia do princípio. Se as partes não receberem tratamento isonômico, o processo estará eivado de vício. Há muitas críticas no que diz respeito à possibilidade de produção probatória de ofício pelo juiz. Aqui, entram em conflitos os princípios da igualdade, atrelado ao princípio da paridade de armas, e o princípio da busca pela verdade real.

Apesar das críticas, existe a possibilidade de que o juiz ordene, de ofício, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal, conforme dispõe o artigo 156, do CPP¹⁰. Ocorre que a função de solicitar provas urgentes antes de iniciada a ação penal deveria ser da acusação.

Nas palavras de Eugenio Pacelli¹¹:

com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado.

Percebe-se uma crítica a uma situação recorrente no judiciário brasileiro, na qual tanto o juiz quanto o representante do Ministério Público demonstram interesse na condenação do réu. Em muitos casos é possível identificar a ausência de imparcialidade do juiz, mas como isso costuma ocorrer de maneira sutil, e também em decorrência do clamor social por justiça, não há reconhecimento de nulidade nesses casos. Pacelli¹² conclui dizendo que “não se quer nenhum juiz inerte, mas apenas o fim do juiz investigador e acusador, de tempos, aliás, já superados”.

Ressalte-se que a violação de qualquer dos princípios acima explicitados gera uma consequente violação do princípio do devido processo legal, segundo o qual o acusado deve

⁹ GRINOVER apud PINTO, Nilo Ferreira. *O princípio da igualdade no processo penal*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17199-17200-1-PB.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹ PACELLI, op. cit., p. 20.

¹² Ibid.



ser processado com a garantia de todos os princípios e regras previstos na Constituição da República e na legislação infraconstitucional.

Não há como se falar em violação ao princípio do contraditório, da ampla defesa ou da igualdade, todos intrinsecamente ligados ao princípio da paridade de armas, conforme demonstrado, sem falar em violação do devido processo legal. Sendo assim, sustenta-se que a violação ao princípio da paridade de armas no processo penal deve ser considerada causa de nulidade do processo ou dos atos processuais relacionados, em razão da violação indireta à garantia do devido processo legal.

2. INEXISTÊNCIA DE AMPLA DEFESA NO PROCESSO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE PARIDADE DE ARMAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

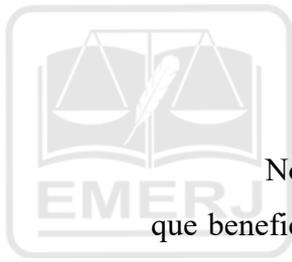
Na investigação criminal brasileira, pelo Código de Processo Penal, vigora o sistema inquisitivo. Segundo o delegado de polícia civil Eujecio Coutrim Lima Filho¹³, em seu artigo intitulado “Natureza inquisitivo-constitucional do Inquérito Policial”, o objetivo dessa fase é buscar elementos de justa causa para embasar a ação penal.

Contudo, seria extremamente mais justo e até mesmo mais natural que o inquérito policial tivesse como objetivo buscar a verdade dos fatos. Quando a polícia judiciária investiga buscando elementos probatórios que justifiquem a propositura de ação penal, na maioria das vezes, deixa de visualizar fatos e provas importantes que beneficiariam o acusado, não por terem o objetivo de prejudicá-lo, mas por estarem com pensamento voltado para a condenação.

Juntem-se a isso os casos em que os advogados tentam produzir o mínimo de provas, mas não são ouvidos, durante o inquérito policial. Um exemplo prático ocorreu recentemente nos autos do processo nº 0010602-98.2017.8.19.0212¹⁴. Em novembro de 2017 um jovem foi preso em flagrante acusado pelo crime de tráfico de drogas. A família do acusado constituiu advogado e este tentou produzir provas de que o jovem era apenas usuário de drogas, mas não traficante. Contudo, devido à dificuldade de acesso aos meios de prova e ao costume da inércia da defesa nessa fase, foi instaurada ação penal contra o acusado, que seguiu preso de forma preventiva.

¹³ LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. *Natureza inquisitivo-constitucional do Inquérito Policial*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/natureza-inquerito-policial/>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2ª Vara Criminal da Comarca de Niterói. Processo judicial nº 0010602-98.2017.8.19.0212. Distribuído em: 03 nov. 2017. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2017.900.021373-&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 31 ago. 2018.



No caso em comento, existiam dois meios de prova de fácil acesso para a acusação que beneficiariam o acusado e provariam que ele era somente usuário de drogas. No celular do acusado havia uma troca de mensagens na qual este informava aos amigos que iria pela primeira vez naquela comunidade em que foi preso, pois havia ficado sabendo por um outro amigo sobre o ponto de drogas no local. Além disso, havia a prova testemunhal dos amigos que conversaram sobre a ida do acusado até o local no dia dos fatos. Contudo, a polícia judiciária não buscou provas que beneficiassem o acusado e o advogado só conseguiu fazer as provas de defesa serem apreciadas depois de já instaurada a ação penal, quando foi oportunizado o contraditório. Somente em maio de 2018 o réu foi solto, ou seja, depois de seis meses preso.

Esse é um caso que demonstra muito a necessidade da paridade de armas na fase de investigação criminal. E esse é apenas um dentre tantos exemplos que poderiam ser citados, das muitas injustiças que acabam ocorrendo quase que diariamente, em todo o país, devido à inobservância do princípio que ora se estuda.

Assim, percebe-se que a violação ao princípio da paridade de armas gera prejuízos no direito do acusado à ampla defesa, uma vez que este, algumas vezes, acaba sendo injustamente processado, apenas pela falta de produção de algumas provas na fase investigatória.

Apesar de não haver ato ilícito na instauração de ação penal contra inocente, na prática, a pessoa acusada sofre inúmeros prejuízos e desgastes, considerando o enorme preconceito que recebe da sociedade, podendo vir a ter problemas na família, no trabalho e no convívio social. Até que se prove que o acusado é inocente, os prejuízos já foram causados. Ademais, após constatada a inocência, a notícia não “se espalha” da mesma forma que a notícia da instauração da ação penal, de forma que inexistente restauração da imagem do acusado perante a sociedade.

No sistema processual penal brasileiro, a defesa não tem a possibilidade de buscar a verdade pelos mesmos meios de prova de que a acusação dispõe. A acusação, em investigação preliminar, busca provas por meio de interceptação telefônica, oitiva de testemunhas com possibilidade de condução coercitiva, quebra de sigilo fiscal e/ou bancário, busca e apreensão de documentos e objetos, entre outros. Enquanto isso, o advogado de defesa ou o defensor público fica “de mãos atadas”, apenas aguardando a instauração da ação penal para ter a oportunidade de exercer a defesa a partir deste momento, em que é viabilizado o contraditório.



É diferente do que ocorre em outros países, como nos Estados Unidos da América e na Itália, por exemplo, nos quais existe a possibilidade de investigação criminal defensiva que deve ser promovida por advogados e defensores públicos em favor do acusado. Nesses países, segundo o pesquisador Guilherme Kuhn¹⁵:

a investigação criminal defensiva é uma realidade, ou melhor: trata-se de um imperativo, de uma obrigação do advogado do suspeito, consistente na necessidade de empreender esforços para garantir a melhor defesa possível ou ao menos para evitar uma defesa negligente e/ou omissa.

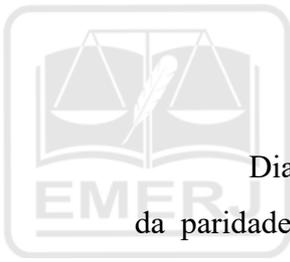
Se a acusação tivesse mais oportunidades de buscar meios de prova, possivelmente haveria uma diminuição drástica na quantidade de instauração de ações penais contra acusados que posteriormente se mostram inocentes, ou, até mesmo, de condenações injustas que ocorrem frequentemente.

Além de não ter tantas oportunidades quanto à acusação, existe uma espécie de costume de inércia por parte da defesa no país. Os advogados e defensores públicos não possuem o hábito da investigação criminal defensiva. Na fase de inquérito preliminar, os defensores e advogados costumam apenas zelar pela integridade física do acusado, mas não buscam provas que possam provar a inocência dos clientes. Isso é extremamente prejudicial não só para o acusado, mas também para a imagem do Poder Judiciário.

Somada à falta de atitude por parte da defesa, está a dificuldade prática de se modificar a cultura atual e implantar a investigação criminal defensiva no país. Alguns meios de prova poderiam ser obtidos com certa facilidade pela defesa. Mas em alguns casos, somente a autoridade policial ou judicial consegue ter acesso aos meios de prova, como, por exemplo, quebra de sigilo bancário e fiscal, interceptação telefônica, busca e apreensão em determinados locais, etc.

Não se pretende defender no presente artigo que o acesso a tais meios de prova deva ser liberado aos advogados e defensores públicos, uma vez que isso traria transtornos à ordem pública e a vida privada dos demais jurisdicionados. No entanto, para que houvesse paridade de armas na investigação criminal, deveria haver, no mínimo, uma participação ativa da defesa nesta fase, possibilitando a sugestão de produção de provas, uma vez que a polícia judiciária deveria estar em busca da verdade dos fatos e não em busca de uma justa causa para a instauração da ação penal.

¹⁵ KUHNS, Guilherme. *Investigação criminal defensiva*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/investigacao-criminal-defensiva/>>. Acesso em: 30 ago. 2018.



Diante do exposto, mostram-se claros os prejuízos trazidos pela violação ao princípio da paridade de armas, ainda que seja no momento da investigação preliminar, gerando, conseqüentemente, violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e, por vezes, até da dignidade da pessoa humana.

3. A INFLUÊNCIA DA POSIÇÃO FÍSICA DAS PARTES NA SALA DE AUDIÊNCIAS NA PERSPECTIVA DOS JURADOS E TESTEMUNHAS

Dentro da sala de audiências, cível ou criminal, o membro do Ministério Público ocupa o lugar do lado direito do magistrado, no mesmo plano que este, enquanto que os advogados e/ou defensores públicos sentam-se à mesa junto com as partes, geralmente em um nível um pouco abaixo do juiz. Nas audiências cíveis, quando o Ministério Público atua como fiscal da lei, não há discussão acerca do seu posicionamento na sala de audiências, pois nesses casos o *parquet* está exercendo função que legitima sua posição.

Contudo, especialmente no processo penal, existe um debate acerca da violação dos princípios da igualdade e da paridade de armas, em razão da posição física do promotor na sala de audiência nos processos em que atua como parte, pois não parece haver motivos para que o *parquet* fique em posição de destaque nessas demandas.

De início, a discussão parece ser irrelevante diante do cenário em que vivemos. No entanto, é possível que ocorram inúmeras injustiças derivadas dessa diferenciação entre as partes processuais. Isso porque quando se pensa no Tribunal do Júri, estamos falando de pessoas do povo, que não possuem conhecimento técnico, e que veem o Promotor de Justiça não como parte, mas como ‘braço direito’ do juiz. Dessa forma, o que é falado pelo representante do Ministério Público, aquele que está sentado ao lado do magistrado, pode ser visto pelos jurados como uma verdadeira manifestação da justiça, que deve ser tido como verdade.

Uma pessoa leiga e humilde que entra em um Tribunal, instantaneamente vê as pessoas que estão sentadas à mesa principal como sendo pessoas importantes, que representam a justiça. Quando essa pessoa humilde vira o jurado, por mais que o advogado e o defensor sejam excelentes em suas arguições, as chances deste jurado não entender o que foi falado pelo promotor como a mais pura verdade são mínimas. Com isso, está violado o princípio da paridade de armas, uma vez que a defesa não tem a mesma possibilidade de convencimento “implícito” dos jurados.



O artigo 18, I, 'a' da Lei Complementar n.º 75/93¹⁶ traz como prerrogativa institucional do Ministério Público Federal “sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem”. Já o art. 6º da Lei n.º 8.906/94¹⁷ prevê que “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos”.

Assim, percebe-se uma divergência entre os artigos da legislação. O artigo 6º do Estatuto dos Advogados (Lei n.º 8.906/94¹⁸) é desrespeitado pela previsão do artigo 18, I, 'a' da Lei Orgânica do Ministério Público¹⁹. Isso porque a diferença na posição das partes na sala de audiências demonstra para todos a existência de uma hierarquia entre promotor de justiça e advogados ou defensores públicos. Tal hierarquia é negada, mas está sempre presente de forma velada.

Questiona-se o motivo de o promotor de justiça possuir a prerrogativa de sentar-se ao lado do magistrado e ser considerado o ‘braço direito’ dele se não está atuando como fiscal da lei e da ordem jurídica. Ao atuar como parte, o *parquet* não deveria poder ser tratado como se estivesse em posição superior a do advogado e da defensoria pública.

Não há dúvidas acerca da constitucionalidade do art. 18, I, 'a' da Lei Orgânica do Ministério Público²⁰ quando se trata dos processos em que o promotor de justiça atua como fiscal da lei e da ordem jurídica. Isso porque nesses casos o *parquet* deve, efetivamente, ser o ‘braço direito’ do magistrado, ajudando-o na concretização da justiça.

O Ministério Público alega que o referido artigo deve ser respeitado também nos casos em que atua como parte, uma vez que a instituição, no fundo, sempre atua em prol da lei e da justiça e também pede absolvição em alguns casos, quando entende pela inocência do acusado. Segundo Alexandre Camanho de Assis²¹, “o princípio da paridade de armas se consolida com o fato de as partes terem as mesmas oportunidades probatórias e temporais no processo. O lugar onde o representante do Ministério Público se sinta nas audiências ou julgamentos não influi nisso”.

¹⁶ BRASIL. Lei complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹⁷ BRASIL. *Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil*. Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁰ Ibid.

²¹ ASSIS apud HAIDAR, Rodrigo. *Assentos de defesa e acusação acirram debates*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jul-28/lugar-defesa-acusacao-julgamentos-incendeia-justica>>. Acesso em: 17 set. 2018.



No entanto, o argumento não merece prosperar, pois se deve levar em consideração que nos julgamentos realizados no Tribunal do Júri, quem decide são os jurados. Então não é porque o promotor de justiça entende que o acusado deve ser condenado que ele pode se mostrar em posição de vantagem sobre a defesa perante os julgadores.

O referido art. 18, I, 'a' da Lei Complementar n.º 75/93²² já foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA. A ADI n.º 3.962 atacava também o artigo 1º da Resolução n.º 7/2005 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho²³, que traz previsão similar para a Justiça do Trabalho. Contudo, a ADI não teve o mérito resolvido, pois a Ministra Carmen Lúcia²⁴ entendeu pela ilegitimidade ativa da ANAMATRA, uma vez que os dispositivos impugnados repercutem na esfera jurídica de todos os magistrados nacionais e não se relacionam apenas com os substituídos pela associação.

Posteriormente, foi distribuída pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a ADI n.º 4.768²⁵, que por prevenção também está sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia. Esta ADI questiona a constitucionalidade da Lei Complementar n.º 75/1993²⁶ e da Lei n.º 8.625/1993²⁷. No entanto, a ação ainda está pendente de julgamento.

Ao assistirmos audiências criminais, é possível observar que o promotor e o magistrado costumam tecer comentários um com o outro, por vezes durante a arguição da defesa. Esses momentos causam insegurança nos defensores, pois estes acabam imaginando que o *parquet* está refutando seus argumentos e convencendo o magistrado acerca da condenação do acusado. É certo que é comum o surgimento de amizades entre o juiz e o promotor de justiça que atua sempre na mesma vara. Por isso, não deveria ser permitido que se sentassem tão próximos, já que no dia a dia é difícil uma fiscalização mais efetiva acerca de possíveis irregularidades.

Assim, pelas diversas razões apontadas mostra-se necessária a modificação das posições das partes na sala de audiência, para que se alcance uma equidistância em relação ao juiz, de forma que sejam respeitados os princípios da paridade de armas, da igualdade e da ampla defesa.

²² BRASIL, op. cit., nota 16.

²³ BRASIL. *Resolução n.º 7 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/5331>>. Acesso em: 17 set. 2018.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 3.962*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7457673>>. Acesso em: 17 set. 2018.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 4.768*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4233888>>. Acesso em: 17 set. 2018.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁷ BRASIL. Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de uma grande diferença de tratamento existente entre as partes no processo penal. A defesa e a acusação não possuem os mesmos meios de buscar provas para defender suas teses. Além disso, no Brasil não existe a cultura da investigação criminal defensiva, de forma que mesmo quando existem meios de prova possíveis de serem produzidos pela defesa, essa atitude não é tomada pelos defensores e advogados.

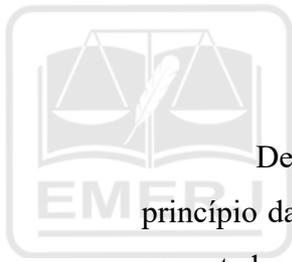
Assim, por diversas vezes ocorrem injustiças que poderiam ser evitadas por uma defesa mais diligente, seja por meio de condenações equivocadas, seja por prisões preventivas prolongadas indevidamente.

Ademais, tanto quando atua como custos legis como quando atua como parte processual, o representante do Ministério Público possui a prerrogativa de sentar-se ao lado do magistrado, no mesmo patamar dele. Enquanto os promotores de justiça afirmam que a prerrogativa deve ser respeitada em razão das previsões legais que lhes garantem o direito, os advogados e defensores públicos entendem que a prerrogativa, nos processos em que o Ministério Público atua como parte, viola os princípios da paridade de armas, da isonomia, do contraditório e do devido processo legal.

Após a realização das pesquisas, foi possível chegar à conclusão de que não há motivo que justifique a diferenciação entre o representante do Ministério Público e o representante da defesa nos processos em que o MP está atuando como parte e não como fiscal da lei.

Assim, a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei Complementar n.º 75/1993 e da Lei n.º 8.625/1993 e espera que haja provimento para que sejam declarados inconstitucionais os artigos que garantem a posição de destaque ao membro do Ministério Público, ferindo a igualdade entre as partes.

Na prática, a diferença existente entre as partes processuais faz com que, muitas vezes, ocorram injustiças. Isso porque nos processos julgados em Tribunal do Júri, os julgadores são pessoas leigas, que quando entram no Tribunal, podem olhar para a mesa principal e entender que ali estão sentados os verdadeiros representantes da verdade e da justiça.



Depois de todo o estudo e reflexão, chega-se a ideia de que no Brasil, na prática, o princípio da paridade de armas é extremamente mitigado. Infelizmente, muitas injustiças são acarretadas pela inobservância do princípio. Além disso, como consequência, também são violados os princípios constitucionais do contraditório, da isonomia e do devido processo legal.

Assim, a presente pesquisa pretendeu que o leitor compreenda a necessidade de o Poder Judiciário se adequar de forma a atender efetivamente ao princípio da paridade de armas, previsto no artigo 7º do Código de Processo Civil, aplicável ao Processo Penal na forma do artigo 3º do CPP.

REFERÊNCIAS

ASSIS apud HAIDAR, Rodrigo. *Assentos de defesa e acusação acirram debates*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jul-28/lugar-defesa-acusacao-julgamentos-incendeia-justica>>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. *Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. *Lei complementar n° 75*, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. *Lei n° 8.625*, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. *Resolução n° 7 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho*, de 18 de outubro de 2005. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/5331>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 3.962*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7457673>>. Acesso em: 17 set. 2018.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4.768*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4233888>>. Acesso em: 17 set. 2018.

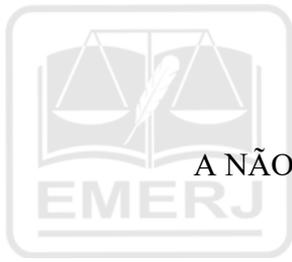
_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2ª Vara Criminal da Comarca de Niterói. *Processo judicial n° 0010602-98.2017.8.19.0212*. Distribuído em: 03 nov. 2017. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2017.900.021373-9&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

GRINOVER apud PINTO, Nilo Ferreira Pinto. *O princípio da igualdade no processo penal*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17199-17200-1PB.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

KUHN, Guilherme. *Investigação criminal defensiva*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/investigacao-criminal-defensiva/>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. *Natureza inquisitivo-constitucional do Inquérito Policial*. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/natureza-inquerito-policial/> >. Acesso em: 31 ago. 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2017. E-book. ISBN 978-85-970-1025-1. Acesso em: 14 abr. 2018.



A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS NA CESSÃO DE CAPACIDADE POR SATÉLITE.

Nataly Alves Gonçalves

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduada em Advocacia Tributária pela Faculdade Cândido Mendes. Advogada atuante no mercado de satélites.

Resumo – Este trabalho se debruça sobre a discussão sobre a possibilidade de incidência de ICMS sobre a cessão de capacidade via satélite. As operadoras de satélites que são detentoras de direito de exploração de satélites geoestacionários cedem de capacidade à empresas de telecomunicações a título oneroso. O Fisco Estadual por meio de convênio alargou a hipótese de incidência de tributo e posicionou-se pela incidência do ICMS à cessão, sob o argumento que haveria enquadramento em serviço de telecomunicação. Para debater sobre esse tema tão atual e controvertido e averiguar a possibilidade de incidência do ICMS, se estuda a natureza jurídica da cessão de capacidade via satélite, as normas positivadas no sistema tributário constitucional e leis correlatas. Analisam-se os conceitos formulados pela doutrina e jurisprudência no que tange comunicação e prestação de serviço de comunicação e mostra-se o posicionamento do órgão regulador competente, a Agência Nacional de Telecomunicações. Estudam-se as características e as particularidades da atividade de examinando os sujeitos envolvidos e objeto da cessão. Ao final, verificam-se os posicionamentos sobre a incidência do ICMS em atividades de correlatas perante o Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave - Direito das Telecomunicações. Capacidade Espacial. ICMS. Tributário. Satélites.

Sumário – Introdução. 1. Dos satélites – aspectos técnicos, legais e contratuais 2. Da perspectiva legal sobre o serviço de telecomunicação e provimento de capacidade via satélite: 3. O convênio Confaz 69/98 e o início do embate entre as operadoras de satélite e o fisco estadual. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Após a quebra do monopólio nas telecomunicações, o setor de serviços de telecomunicação foi aberto para competição privada, ocasionando no crescimento no número de operadores de serviços tradicionais, como telefonia fixa, e também de novos provedores, que antes eram inexistentes, como de banda larga.

As prestadoras de serviço de telecomunicação realizaram investimentos vultosos em infraestrutura em comunicação via anéis de fibra ótica e seus sistemas terrestres, no entanto, passou-se a ser necessária a interligação global via satélite, e as empresas brasileiras

começaram a realizar o lançamento de satélites geoestacionário, surgindo-se assim uma atividade econômica diferenciada: oferta de capacidade via satélite.

O mercado de satélites expandiu muito nos últimos anos, sobretudo devido à demanda brasileira de internet de alta velocidade de 3ª e 4ª geração (3G e 4G) e TV via satélite. Por consequência, esta atividade econômica, diferente da comunicação por fibra, acabou criando modelos contratuais específicos, suscitando a necessidade de adaptação desse novo setor aos conceitos jurídicos, mais especificamente tributários existentes.

O presente trabalho irá buscar elucidar a natureza jurídica da cessão de capacidade via satélite, as normas tributárias positivadas sobre o tema analisando os conceitos formulados pela doutrina, a atual posição do órgão regulador sobre a questão, bem como analisar a atual jurisprudência sobre o tema nos tribunais superiores.

O primeiro capítulo deste trabalho científico abordará o modo de operação dos satélites, trazendo conceitos básicos de funcionamento e suas regras regulatórias postas pela Anatel e descreve os modelos de negócio utilizados a fim de trazer elementos necessários para a definição da natureza jurídica de cessão de capacidade via satélite.

Serão abordados também os conceitos jurídicos com base na nova realidade técnica das telecomunicações e a separação entre o tratamento jurídico das empresas do setor: o prestador de serviço de telecomunicação e o operador de satélite.

O segundo capítulo analisará o conceito de serviço de telecomunicação a fim de delimitar a hipótese de incidência de ICMS analisando dispositivos constitucionais, lei complementar sobre a matéria e posicionamento do órgão regulador responsável ANATEL.

O terceiro e último capítulo trata a problemática principal: o Fisco Estadual, por meio de convênio, alargou a hipótese de incidência do ICMS e recentemente vem atuando as empresas de satélite para realizar a cobrança do referido tributo, por entender que a cessão de capacidade via satélite é fato gerador do tributo, uma vez que entende que a cessão de capacidade seria serviço de telecomunicação e não apenas um meio preparatório para atividade de telecomunicação.

Tem-se o objetivo analisar a jurisprudência e doutrina sobre o tema a luz dos conceitos legais e técnicos já postos nos capítulos anteriores a fim de destacar a ilegalidade da cobrança tendo em vista a ausência de hipótese de incidência.



Quanto à metodologia será desenvolvida pelo método descritivo, consistindo na exposição de como é realizada a cessão de capacidade via satélite, seus contratos a fim de excluí-lo da hipótese de incidência do ICMS.

Além disso, irá utilizar-se do método qualitativo e quantitativo visando entender a cessão de capacidade como meio preparatório para comunicação, afastando a natureza jurídica de serviço de telecomunicação.

Por derradeiro, haverá pesquisa legal e jurisprudencial sobre o tema sobre o tema, analisando a legislação vigente, posição do órgão regulador, doutrina e jurisprudência a fim de justificar a análise.

1. DOS SATÉLITES – ASPECTOS TÉCNICOS, LEGAIS E CONTRATUAIS

Os satélites são artefatos fabricados que são lançados ao espaço e monitorados à distância pelo homem. Estes circundam a órbita do planeta, atraídos pela gravidade desse e ocupam uma posição na órbita terrestre caracterizada pela sua longitude.

Para operação dos satélites são necessárias estações terrenas sincronizadas com as plataformas no espaço. Essas estações terrenas estão localizadas na superfície terrestre e se comunicam com as espaciais por meio dos satélites, elas são instrumento essencial para atividade.¹

Os satélites possuem equipamentos denominados *transponders*, que possuem a função de meros repetidores de sinal, como espelhos, recebendo sinais de comunicação de estação terrena do operador de satélites que são transmitidos para estação da prestadora de telecomunicações.

Segundo a Resolução nº 220 da Anatel, o provimento de capacidade é: o oferecimento de recursos de órbita e espectro radioelétrico à Prestadora de serviços de telecomunicações², razão pela qual é de suma importância realizar a diferenciação as figuras do Explorador de satélite e o Prestador de serviços telecomunicações.

¹BRASIL. Resolução nº 220, de 5 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2000/161-resolucao-220>> Acesso em: 07 out. 2018.

² BRASIL. op.cit., nota 1. Art. 9, inciso IX.

O Explorador de satélite, seja esse brasileiro ou estrangeiro, prescinde que lhe seja conferido direito de exploração, por meio de um Termo³ de forma onerosa, onde se assegura o uso de radiofrequências por um prazo de até 15 anos, podendo ser prorrogado uma única vez⁴.

Caberá ao detentor do direito de explorar o satélite, o fornecimento de capacidade via satélite aos Prestadores de serviço de telecomunicação, ele que provê a capacidade via satélite, no entanto, como os satélites trabalham como meros espelhos, repetidores de sinais recebidos, não há criação de conteúdo, apenas a transmissão para estação terrena do Prestador.

O Prestador de telecomunicação é a figura que detém concessão, permissão ou autorização para exploração de serviço de comunicações e que presta serviço diretamente ao consumidor final⁵. Ele recebe a capacidade (recursos de órbita) fornecida pelo explorador de satélite e somente ele, transmite o conteúdo ao usuário.

No Brasil, o mercado de satélites é privado, por isso, há liberdade de contratação entre Prestadores e Exploradores. O provimento do “sinal” será realizado pelo satélite e a distribuição do conteúdo, pelo prestador de serviço telecomunicação, há um trabalho conjunto, no entanto em etapas, responsabilidades e funções regulatórias diversas.

Os contratos privados em que se baseiam essas relações jurídicas devem seguir regras regulatórias rígidas, dado o caráter essencial das telecomunicações no Brasil. Ambas as figuras responsáveis, tanto a pela exploração de satélite, quanto a pelo transporte de sinais de telecomunicações, necessitam das autorizações necessárias para cada fim que se destina.

Os contratos mais comuns para a realização desta cooperação entre o Prestador e o Explorador são os de compra e venda e arrendamento de *transponder*. Neles se apoiam a problemática sobre a incidência de ICMS.

Conforme dito, o *transponder* é fundamental para os satélites e consiste em um equipamento que se presta a receber sinais de estações terrenas e dar continuidade a estas transmissões para estações terrenas de destino.

No contrato de compra e venda, se transfere o domínio do *transponder* com suas instalações, em pleno funcionamento ou até mesmo antes do lançamento do satélite, para

³ Ibid, Art. 9, inciso VIII.

⁴ Ibid,.

⁵ Ibid, Art. 9, inciso X.



permitir o uso de capacidade de transmissão de dados. Transferem-se juntamente com o *transponder* as frequências associadas a este, ou seja, a capacidade espacial.

No arrendamento de *transponder* o operador de satélite compromete-se a prover capacidade de satélite de forma exclusiva permitindo o uso de capacidade nos limites previstos no contrato, sem transferência de titularidade deste, tampouco controle de atividades. Esta é a forma mais comumente utilizada pelo mercado de satélites em geral.

Em ambos os contratos, o explorador de satélites provê capacidade para o prestador de serviço ou usuário direto também detentor de autorização regulatória para telecomunicações. Não poderá o explorador de satélite prestar diretamente a telecomunicação ao usuário final ou prestador somente com a outorga de Direito de Exploração.

Nos contratos acima delineados, nomeados de cessão de seguimento espacial, a cessão ocorre sempre para um terceiro, e o objeto é a cessão de capacidade espacial em certa quantidade, frequência e posição orbital.

Em algumas autuações, o Fisco Municipal do Rio de Janeiro entendeu que a natureza do contrato de cessão de capacidade, onde se disponibiliza o *transponder* por prazo determinado sem transferência de titularidade, seria de prestação de serviços e não de locação de bens. Discordamos totalmente desse posicionamento, pois além de contrariar a legislação em vigor, contraria até mesmo o valor semântico da palavra comunicação.

A locação de bens disciplinada pelo art. 565 do Código Civil preceitua que: na locação de coisas uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição⁶.

Segundo a legislação em vigor, a locação de coisas se perfaz quando há o uso e o gozo sem que haja fungibilidade da coisa ou serviço ofertado. A capacidade via satélite inclui-se nesse conceito já que a frequência e orbita são previamente delimitadas e não podem ser substituídas ou alteradas como um todo devido, por serem previamente delimitadas pela Anatel.

O locador é obrigado a entregar ao locatário a coisa no estado de servir ao uso que se destina, bastando que proporcione ao locatário a possibilidade de fazer uso da coisa, servido

⁶ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm > Acesso em: 16 out. 2018.



para o fim de que destina por tempo determinado. O locador deve garantir ao locatário o gozo da coisa arrendada e com isso termina-se toda prestação assumida.

No entanto, na prestação de serviço, há um contrato bilateral onde determinada pessoa se obriga a realizar uma atividade em serviço ou interesse de outra. O tomador de serviços que suportará o risco contratual, nesta modalidade promete-se o resultado e não a atividade.

Segundo a legislação regulatória em vigor, o Explorador é diretamente responsável pelo provimento de capacidade perante a Anatel, concessionárias, permissionárias e autorizadas que utilizem a capacidade espacial. Desta forma, a presente obrigação de resultado, e não de meio que se espera do provimento de satélite diante das peculiaridades desse tipo de atividade.

A prestação de serviços constitui obrigação de fazer, ao contrário da locação, que é obrigação de dar. Ela tem como elemento essencial o trabalho do prestador, diferentemente da locação, que tem caráter de prestação acessória, onde o locador tem o dever de assegurar ao locatário seu direito de gozar da coisa objeto do arrendamento e com isso, finaliza-se sua prestação.

Na locação, o locador está obrigado a devolver a coisa no estado em que recebeu, a obrigação de devolução finaliza o contrato e a relação entre as partes, o que se coaduna com a cessão da capacidade por tempo determinado, pois ao final do contrato, o uso do *transponder* será devolvido ao Explorador.

Na prestação de serviços não há qualquer regra legal que institua a restituição da coisa no final do contrato, uma vez prestado o serviço, é incorporado ao patrimônio jurídico do contratante, o que é ilegal e incabível quando se trata do fornecimento de capacidade sem transferência de titularidade de *transponder*.

Uma vez postas as definições jurídicas necessárias para identificação da natureza jurídica de certa atividade, como vemos no art. 565 CC⁷, observa-se que norma tributária não poderá alterar essa definição a luz do art. 110 CTN⁸. Assim, pelas razões acima descritas não restam dúvidas sobre a natureza de locação e não de prestação de serviço diante das especificidades da cessão de capacidade.

⁷ Ibid.

⁸BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.



2. DA PERSPECTIVA LEGAL SOBRE O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO E PROVIMENTO DE CAPACIDADE VIA SATÉLITE

O suporte constitucional para a cobrança do ICMS sobre serviços de comunicação está no art. 155, II, da CRFB/88⁹, cujo parágrafo 3º também remete aos serviços de telecomunicações.

A delimitação da hipótese de incidência está normatizada na Lei Complementar nº 87/96¹⁰, cujo art. 2º III, estabeleceu que irá incidir o tributo sobre as “prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”¹¹.

Devido à larga abrangência do conceito de comunicação foram criadas modalidades para que esse conceito seja desdobrado em normas específicas. A telecomunicação foi um desses casos, espécie do gênero comunicação diferenciada pelo prefixo “tele”, que significa longa distância.

A delimitação constitucional da competência dos Estados e do Distrito Federal foi feita mediante a utilização do termo “serviço de telecomunicação”. Logo, para fins de incidência do ICMS, o conceito de “serviço de telecomunicação” deve ser apreendido no seu sentido técnico-jurídico.

Não há, no Direito Brasileiro, definição de “comunicação” ou de “serviço de comunicação”, mas, conforme se demonstrará abaixo, há de “telecomunicação” e de “serviço de telecomunicação”. A relação entre um conceito e outro, como já dito, é de gênero e espécie: comunicação é gênero, telecomunicação é espécie, que caracteriza a comunicação que se dá à longa distância, mediante transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

⁹ BRASIL. *Constituição Federal Federativa do Brasil*. Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; § 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 07 de out. 2018.

¹⁰ BRASIL. *Lei Complementar nº 87 de 13 de Setembro de 1996*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp87.htm > Acesso: 25. fev. 2018.

¹¹ Ibidem.



Portanto, é necessário, em cada caso, verificar se há prestação de serviços de telecomunicação ou de comunicação, na acepção própria do termo, e, em se tratando deste último caso, se a atividade examinada se adapta à definição constante na lei que regula a atividade que vincula o aplicador da lei tributária, como previsto no art. 110 do CTN¹², in verbis:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

A Lei nº 9.472/97 (LGT – Lei Geral de Telecomunicações)¹³ cuidou especificamente sobre as telecomunicações, iniciando discussões tributárias relacionadas à incidência do ICMS sobre serviços de telecomunicações, que devem ser resolvidas à luz dos conceitos técnicos previstos em seu corpo.

Neste sentido, se pronunciou o STJ, conforme se observa no trecho da decisão proferida pela Ministra Eliana Calmon¹⁴: “para ser aplicado o art. 2º da LC nº 87/96¹⁵, que disciplina o ICMS, é preciso ter em relação a lei especial e posterior, que conceitua os serviços de comunicação (leia-se Lei nº 9.472/97)”.

Desta forma, o conceito de serviço de comunicação previsto no art. 2º da LC nº 87/96¹⁶ foi integrado pelo conceito de serviço de telecomunicação do art. 60 da LGT¹⁷, de seguinte teor:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

¹² BRASIL. op.cit., nota 8.

¹³BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 456.650*. Relator: Min. Eliana Calmon. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencia=51707&num_registro=200100294251&data=20010625&formato=PDF>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁵ BRASIL. op.cit., nota 10.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.



Visando o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, ficou estipulado que a interpretação sobre a legislação de telecomunicações seria realizada pela ANATEL, como se lê no art. 19 XVI da Lei nº 9.472: “à agência compete (...) deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos”¹⁸.

No exercício desse encargo e ainda da função regulatória a que alude o art. 214 da LGT, a ANATEL aprovou o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (Resolução nº 73/98) e seu art. 3º, afirma que atividade de provimento de capacidade de satélite não constitui serviço de telecomunicação: “Art. 3º Não constituem serviços de telecomunicações: I- o provimento de capacidade de satélite”¹⁹.

Além disso, a regulamentação destas atividades, além de outras normas, obedece ao Regulamento sobre o Direito de Exploração de Satélite - Resolução nº 220/2000. Essa resolução prevê em seu art. 49 que a exploradora de satélites somente poderá fornecer capacidade via satélite à entidades que explorem o serviço de telecomunicação: “a exploradora de satélite somente poderá prover capacidade espacial à entidade que detenha concessão, permissão ou autorização para exploração de serviços de telecomunicações ou às Forças Armadas²⁰.”

No mesmo sentido, o Prof. Heleno Torres²¹ entende que o prestador de telecomunicações ao usar o satélite transmite conteúdo que não passa por qualquer controle do explorador de satélite, utiliza radiofrequência objetivando êxito nos atos de telecomunicação o que configura uma obrigação de fazer. Afirma que isso não se confunde com a locação do direito de exploração onde há uma clara obrigação de dar onde há apenas um transporte de ondas hertzianas na frequência e na órbita contratadas entre as partes.

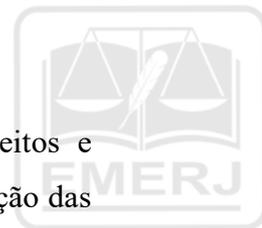
A conclusão lógica, à luz de resolução da autarquia responsável constitucionalmente por regular a matéria, é que o provimento de capacidade não pode ser considerado serviço de telecomunicação, a capacidade via satélite é meio pelo qual as empresas prestadoras de serviço possam explorá-lo.

¹⁸BRASIL. op.cit., nota 13.

¹⁹BRASIL. *Resolução nº 73*, de 25 de novembro de 1998. Art. 3. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/13-1998/34-resolucao-73>>. Acesso em: 07 out. 2018.

²⁰BRASIL. op.cit., nota 1.

²¹TORRES, Heleno. *Direito Tributário das Telecomunicações e Satélites*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.218.



A tipicidade tributária fechada exige respeito à definição técnica de conceitos e institutos utilizados pela Constituição Federal. A autarquia responsável pela interpretação das leis e da definição técnica das atividades relacionadas às atividades telecomunicações desenvolvidas no território nacional é a ANATEL (art. 16, XVI, da LGT), com a imparcialidade de uma agência de âmbito nacional.

Tendo em vista que a Constituição atribuiu competência interpretativa à ANATEL, e se no exercício desta atribuição ela já afirmou em regulamento que o provimento de capacidade espacial não constitui serviço de telecomunicação, esse posicionamento deve nortear qualquer ente tributante, sob pena de inutilidade do comando legal e dos próprios objetivos da agência reguladora, bem como desprestígio ao art. 100, I do Código Tributário Nacional²².

Sobre o ponto são valiosas as considerações do Prof. Roque Antônio Carrazza²³, para quem:

a ANATEL tem poder normativo que foi outorgado pelo Constituinte (art. 21 XI, da CF), pelo que, desde que não contrariem a lei e a Constituição, as resoluções emanadas desta agência vinculam às próprias pessoas políticas públicas tributantes. As definições dadas pela ANATEL, ao regular as relações próprias do Direito das Comunicações com implicações contratuais pertinentes ao Direito Privado, não podem ser alteradas, para fins tributário, pelas leis de pessoas políticas (art. 110, do CTN”).

Para melhor elucidação da questão, destacam-se os itens os seguintes artigos do regulamento de satélites²⁴:

Art. 2º Direito de Exploração de Satélite Brasileiro para transporte de sinais de telecomunicações é o que assegura a ocupação da órbita e o uso das radiofrequências destinadas ao controle e monitoração do satélite e à telecomunicação via satélite.

Art. 9º Para os fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

VIII - Exploradora de Satélite: entidade à qual foi conferido o direito de exploração de satélite;

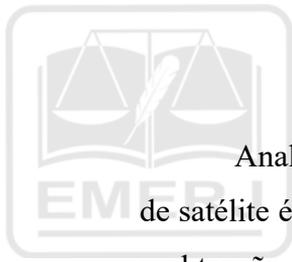
X - Prestadora: é a entidade que detém concessão, permissão ou autorização para exploração de serviço de telecomunicações que contrata o provimento de capacidade espacial;

XI - Provimento de Capacidade Espacial: é o oferecimento de recursos de órbita e espectro radioelétrico à Prestadora de serviços de telecomunicações;

²² BRASIL. *op.cit.*, nota 8.

²³ CARRAZA, Roque Antônio. *ICMS*., Rio de Janeiro: Malheiros, 2015, p. 102.

²⁴ BRASIL. *op.cit.*, nota 1.



Analisando os dispositivos acima colacionados chega-se à conclusão que a exploração de satélite é diversa a prestação de serviço de telecomunicação. O exercício da primeira exige a obtenção de termo de direito de exploração expedido pela ANATEL, enquanto a segunda precisa de concessão, permissão ou autorização específica para exploração de serviço de telecomunicações.

Além disso, a responsabilidade pela transmissão dos sinais não pode ser imputada ao operador do satélite e sim de empresa prestadora de serviços de comunicações contratante da capacidade como atividade meio para que a prestadora possa executar seu serviço ao consumidor final.

Assim, os contratos de capacidade não permitem de forma isolada a telecomunicação, esta reduz-se ao uso de órbita e frequência previamente contratadas em que se possibilita os atos de comunicação entre os usuários pelo prestador de serviços de comunicação, este é de fato a pessoa que possibilita a comunicação.

Não se pode ignorar no estudo da matéria de ICMS que existem nada menos que 27 (vinte e sete) entidades tributantes buscando estender o campo de incidência do tributo, cenário em que os conceitos técnicos fixados pela ANATEL ganham especial relevância como forma de trazer isonomia à interpretação dos Estados bem como segurança jurídica aos contribuintes.

Por isso, deve-se observar o princípio da tipicidade fechada ou da tipologia constitucional dos tributos, não sendo autorizado o legislador ampliar ou reduzir tais conceitos sem que isso implique algum prejuízo aos direitos fundamentais dos contribuintes.

Em trabalho específico sobre o tema, afirmou também o ilustre doutrinador Roque Antonio Carrazza²⁵ afirmou que o ICMS deveria incidir apenas sobre a relação comunicativa, ou seja, atividade de alguém fornecer para terceiros condições materiais para que a comunicação ocorra e não sobre a comunicação propriamente dita, posição mais técnica e assertiva sobre a matéria.

Mediante todo exposto, chega-se a conclusão de que o serviço de telecomunicação não se confunde com o provimento de capacidade espacial e por consequência, não pode haver

²⁵ CARRAZA, op. cit., p. 103.



incidência de ICMS uma vez que a telecomunicação é demarcada pela obrigação de “fazer” e o provimento de capacidade uma típica obrigação de “dar”, em que se presta por “meio” de transporte de sinais.

3. O CONVÊNIO CONFAZ 69/98 E O INÍCIO DO EMBATE ENTRE AS OPERADORAS DE SATÉLITE E O FISCO ESTADUAL

Em 1998 foi editado o convênio ICMS nº 69/89²⁶, que pretendia em formular orientações uniformes em relação a tributação estadual. No entanto, esse convênio extrapolou sua competência e criou novas hipóteses de incidência de ICMS:

Convênio 69/98²⁷

Cláusula primeira: Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

O texto constitucional prevê apenas a incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de telecomunicações e não sobre qualquer outro meio que viabilize os serviços de comunicação. Com a inovação trazida pelo convênio, iniciaram as autuações ilegais, que foram rechaçadas pela jurisprudência.

O mencionado convênio alterou a hipótese de incidência constitucional de forma a ampliá-la e com base neste convênio flagrantemente inconstitucional deflagrou inúmeros autos de infração em desfavor das empresas de satélites.

Ainda não há decisão dos Tribunais Superiores sobre a não incidência de ICMS sobre o provimento de capacidade via satélite transitada em julgado. No entanto, encontra-se pendente de análise recurso especial da empresa de satélites Star One²⁸ que se insurge por meio de ação anulatória da autuação do Estado do Rio de Janeiro com base no convênio

²⁶BRASIL. *Convênio ICMS nº 69*, de 29 de maio de 1989. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1998/cv069_98> Acesso em: 14 out. 2018.

²⁷ Ibidem.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1474142/RJ*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201400666315>. Acesso em: 14 out. 2018.



CONFAZ nº 69/98²⁹. No momento o mencionado recurso está pendente de julgamento de mérito.

Não obstante ainda não haver posição diretamente sobre a cessão de capacidade, há entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça em relação a não incidência do ICMS sobre atividades intermediárias ou preparatórias do serviço de telecomunicações.

Em uma pesquisa aprofundada nos julgados dos Tribunais Superiores, verifica-se que por diversas vezes o STJ utilizou-se como razão de decidir que serviços/atividades meios para possibilitar a comunicação não são fatos geradores de ICMS uma vez que há serviço de telecomunicação. Vejamos alguns precedentes sobre a matéria.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, decidiu que o ICMS só deve incidir sobre as atividades-fim e não sobre as atividades meio, destacando a ilegalidade do Convênio nº 69/98³⁰, cuja cláusula primeira cria na base de cálculo do tributo ICMS diversas hipóteses de incidência de ICMS.

O Ministro Mauro Campbell entendeu que “a prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel não se confunde com a prestação da atividade fim no processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza”³¹. Segundo ele, são atividades meramente preparatórias para consumação do ato de comunicação.

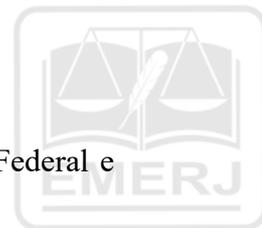
Assim, afastou a hipótese incidência do ICMS sobre serviços acessórios de telecomunicação e submeteu o julgado a sistemática dos recursos repetitivos. Os serviços/atividades em que se debruçava a questão eram: habilitação de celular, religação, troca de titularidade de celular, conta detalhada, troca de plano, dentre outros.

De acordo com a posição vencedora no julgamento, os serviços acessórios não interferem na comunicação, por isso não há incidência de ICMS. O ministro Mauro Campbell, que ficou responsável pela redação do acórdão, assevera que a incidência do ICMS, no que se

²⁹ BRASIL. op.cit., nota 24.

³⁰ Ibidem.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1176753/RJ*, Rel. Ministro Napoleão Nunes, Rel. para Acórdão Ministro Mauro Campbell, Primeira Seção. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=troca+de+titularidade%2C+aparelho+celular&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 14 out. 2018.



refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da Lei Complementar 87/96³² e não do Convênio nº69³³.

A tese encampada pelo STJ nesse julgado é de que o convênio de ICMS mencionado incorreu em analogia extensiva para exigir tributo sobre fato gerador não previsto em lei, o que afronta o art. 108§1º, do CTN: § 1º. O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

Após esse julgado, o STJ por inúmeras situações aplicou o mencionado repetitivo e como *ratio decidendi* entendeu que não incide ICMS sobre atividade meio de comunicação. São eles:

- a) Locação de aparelho conversor, locação de *cable modem*: REsp nº 1654877 / SP;
- b) Serviço de “linha inteligente detecta”, atendimento simultâneo e transferência de chamadas: AREsp nº938254³⁴;
- c) Instalação de telefone fixo: AREsp nº 381204³⁵

O STJ também possui precedente foi de suma importância para o setor de telecomunicações. No julgado paradigma REsp nº 456.650/PR³⁶ entendeu-se que cabe a Lei Geral de Telecomunicações (LGT)³⁷ e ao Regulamento da ANATEL conceituar o que é serviços de telecomunicações e definir quais empresas são prestadoras de serviços.³⁸

Segundo o entendimento da Ministra somente as empresas regularmente autorizadas pela ANATEL para prestar serviços de comunicação podem ser tributadas, o que não se aplica àquelas se dediquem aos provimentos de acesso, no caso à internet, e *mutatis mutantis*, o provimento de capacidade via satélite.

³² BRASIL. op.cit., nota 10.

³³ BRASIL. op.cit., nota 26.

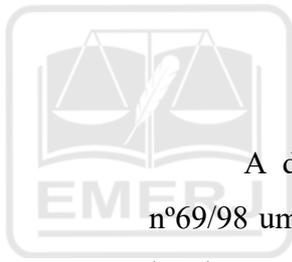
³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp nº 938254, Rel. Ministro Herman Bejamin. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?processo=938254.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=rue#DOC1>>. Acesso em: 14. out. 2018.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça AREsp nº 381204. Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?processo=387204.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 14. out. 2018

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp nº 456.650/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Turma. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=453107+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 out. 2018.

³⁷BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

³⁸ BRASIL. op.cit., nota 38.



A decisão afastou o alargamento da hipótese de incidência trazida pelo Convênio nº69/98 uma vez que a telecomunicação somente poderá ser provida por empresa autorizada legalmente para tanto: “embora considerados pelo CONFAZ como serviços de telecomunicações, pela definição dada no art. 60 da Lei nº 9.472/97, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, não podem ser assim classificados”.³⁹

Desta forma, pode-se observar que igualmente ocorre no caso do ICMS satélites, o convênio estadual por diversas vezes extrapolou os limites de sua atribuição, inovando na hipótese de ICMS, o que foi rejeitado pelo STJ em diversas oportunidades, entendimento que deve ser estendido ao provimento de capacidade via satélite.

CONCLUSÃO

É inconfundível o conteúdo e a finalidade jurídica das duas situações postas: i) a hipótese de incidência do ICMS, e (ii) a delimitação quanto ao conteúdo e a outorga do direito de exploração dos serviços de telecomunicações.

O ICMS é tributo cuja instituição é autorizada pela Constituição Federal aos Estados-Membros da Federação, desde que atendidos os princípios básicos fixados no texto constitucional e na legislação federal específica. A incidência do imposto baseia-se então na legislação estadual instituída com fundamento nos comandos descritos.

É bem verdade que o regime legal de imposição do ICMS sobre serviços de telecomunicação é independente em relação ao regime regulatório de outorga de direitos definido pela ANATEL. A outorga de direitos de exploração dos serviços de telecomunicações encontra-se na competência exclusiva da União, representada pela ANATEL conforme constituição e legislação vigente, no entanto, seu entendimento técnico não merece ser descartado.

Não é possível que o Fisco Estadual ultrapasse os limites de sua competência para estabelecer quais serão os serviços de telecomunicações a merecer o controle público da ANATEL, nem a Agência Reguladora poderia ultrapassar os limites de competência para elencar sobre quais atividades econômicas relacionadas as telecomunicações está autorizado o Fisco a arrecadas o imposto estabelecido pela constituição.

A comercialização de capacidade por parte de empresas detentoras de infraestruturas de telecomunicação, junto a prestadores de tais serviços ao público, envolve,

³⁹ Ibidem.



predominantemente, a mera locação dos bens que compõe os meios de infraestrutura de rede, ou seja, a locação de *transponders*. O gerenciamento desses, não podem ser tratados como serviço de telecomunicação já que são meros absorvedores do conjunto da atividade.

A locação de bens consistentes em infraestrutura de rede, especialmente quando destinadas à incorporação ao sistema de telecomunicação de prestadores de tais serviços ao público, na medida exata que não representem prestação de serviço, também não configuram a hipótese de incidência de ICMS.

O fato é que a disciplina do CONFAZ não é capaz de transformar a natureza dos negócios de cessão de capacidade que não se enquadra no conceito de serviço de telecomunicação já que a relação entre a empresa comercializadora de capacidade e seus usuários se configura pela disponibilização de bem infungível, a operadora de satélites funciona apenas como um meio de transmissão, de maneira meramente acessória.

Por essas razões, conclui-se que a cessão de capacidade via satélite é uma mera atividade meio, o qual por si só não configura comunicação, razão pela qual sobre essa atividade não deve incidir ICMS.

A presente discussão ainda está sendo amadurecida perante os Tribunais Superiores e não pode ser considerada pacificada, no entanto, devido o entendimento da não incidência de ICMS sobre o serviço de valor adicionado e habilitação de telefones, dentre outros citados neste texto, bem como toda característica técnica e regulatória peculiar do provimento de capacidade via satélite que se difere completamente a prestação de serviço de telecomunicação, há tendência de que a corte se posicione favoravelmente a tese do contribuinte.

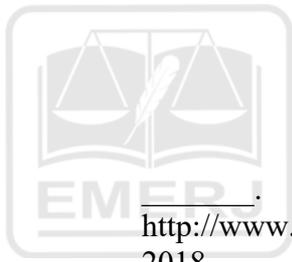
REFERÊNCIAS

BORGES, Eduardo de Carvalho (coordenador). *Tributação nas Telecomunicações*. São Paulo, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. *Convênio ICMS nº 69 de 29 de maio de 1989*. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1998/cv069_98>. Acesso em: 02 out. 2018

_____. *Código Civil, Lei nº 10.405 de 10 de Janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 16 out. 2018.



_____. *Resolução nº 220 de 5 de abril de 2000*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2000/161-resolucao-220>>. Acesso em: 02 out. 2018

_____. *Resolução nº 73 de 25 de novembro de 1998*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/13-1998/34-resolucao-73>>. Acesso em: 02 out. 2018

_____. *Lei nº 9472 de 16 de julho de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 02 out. 2018

_____. *Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 456.650. Relator: Min. Eliana Calmon. 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.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1474142/RJ*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201400666315>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 938254*, Rel. Ministro Herman Beijamin. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?processo=938254.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>>. Acesso em: 14. out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AResp nº 381204*. Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?processo=387204.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDI>> .Acesso em: 14. out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AResp nº 456.650/PR*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Turma. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=453107+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14. out. 2018.

CARRAZA, Roque Antônio. *ICMS*. 17. ed. Rio de Janeiro: Malheiros. 2015.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário das Telecomunicações*. Rio de Janeiro: Quartier Latin. 2007.

DA MANUTENÇÃO DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DE *ASTREINTES* VENCIDAS, À LUZ DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ARTIGO 537, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Pablo Felga Cariello

Graduado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Advogado. Pós-graduado em Direito Ambiental *Lato Sensu* pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

Resumo – no processo civil, a fixação da multa processual conhecida como *astreintes* consolidou-se como meio eficaz de coerção do devedor, com objetivo de forçá-lo ao cumprimento da obrigação. No entanto, como todo antídoto, se aplicadas em excesso ou de maneira desregulada, as *astreintes* podem ser distorcidas e tornar-se deletérias, com possibilidade de enriquecimento indevido do credor e de gravidade desproporcional ao devedor. Sob a égide da legislação processual em vigor até 2016, era pacífico o entendimento pela possibilidade de modificação da multa processual por parte do juiz, inclusive da multa vencida. A essência do trabalho é demonstrar a manutenção de tal possibilidade de modificação das *astreintes* vencidas na novel legislação processual, a partir da interpretação sistemática do artigo 537, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave – Direito processual civil. Código de Processo Civil de 2015. *Astreintes*. Modificação da multa vencida. Possibilidade.

Sumário – Introdução. 1. A legislação processual civil em vigor até 2016, com entendimento pacífico pela possibilidade de modificação das *astreintes* vencidas. 2. O advento da novel legislação processual: a leitura isolada do artigo 537, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, com equivocado entendimento inicial de parte da doutrina e da jurisprudência, pela impossibilidade de modificação das *astreintes* vencidas. 3. A necessária interpretação sistemática do artigo 537, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015: manutenção das excepcionais possibilidades de modificação das *astreintes* vencidas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trata da manutenção da possibilidade de modificação de *astreintes* vencidas, mesmo após o advento do artigo 537, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015.

No processo civil, a fixação da multa processual conhecida como *astreintes* consolidou-se como importante e eficaz meio de execução indireta, como mecanismo de coerção do devedor, com objetivo de forçá-lo ao cumprimento da obrigação.



Como todo antídoto, se aplicadas em excesso ou de maneira desregulada, as *astreintes* podem ser distorcidas e tornar-se deletérias, com possibilidade de enriquecimento indevido do credor e de gravidade desproporcional ao devedor, que pode acarretar até mesmo sua falência ou insolvência.

A leitura isolada do § 1º do artigo 537 do Código de Processo Civil pode levar à conclusão pela impossibilidade de modificação da multa vencida, uma vez que o dispositivo legal permite de maneira expressa, mas exclusiva, a modificação das *astreintes* vencidas.

O objetivo do trabalho é sustentar a posição contrária: a partir de uma interpretação sistemática do texto legal, no âmbito dos princípios processuais, de conceitos de direito material e da realidade prática trazida na jurisprudência, demonstrar a manutenção das excepcionais possibilidades de modificações nas *astreintes* vencidas, mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 2015.

O primeiro capítulo da pesquisa tem como questão norteadora a legislação processual civil em vigor até 2016 – o Código de Processo Civil de 1973, com a respectiva posição da jurisprudência, pacífica pela possibilidade de modificação de *astreintes* vencidas, nas hipóteses de distorções do instituto, seja pelo enriquecimento indevido do credor ou pela gravidade desproporcional ao devedor.

O segundo capítulo trata do advento da novel legislação – o Código de Processo Civil de 2015, em especial com análise crítica da posição de parte da doutrina e da jurisprudência, que adotam a leitura isolada e equivocada do § 1º do artigo 537 do citado diploma processual, pela impossibilidade de modificação da multa processual pretérita.

O terceiro capítulo aborda a interpretação sistemática do citado dispositivo legal, com base nos princípios processuais, em conceitos de direito material e na realidade fática jurisprudencial, de maneira a sustentar a manutenção das excepcionais possibilidades de modificações nas *astreintes* vencidas, nas hipóteses de distorções do instituto, mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 2015.

A pesquisa não se debruça sobre origens históricas das *astreintes*, conceitos pacíficos ou questões processuais incontroversas. Diferente disso, o foco principal é a realidade prática, ou seja, o enfrentamento do tema processual específico, não apenas pela doutrina, mas principalmente com análise da jurisprudência aplicada aos casos concretos.

O tema é de grande relevância, uma vez que o advento de legislação nova é momento de interpretações e expectativas. Especialmente em se tratando de reforma processual, a realidade prática deve auxiliar o operador do direito, na busca pela correta interpretação da

novel legislação.

Ademais, a importância do tema resulta não apenas de questões estritamente jurídicas e procedimentais, mas também de seus aspectos sociais, especialmente nos casos de distorções do instituto e de suas consequências deletérias.

Com isso, a abordagem do estudo é qualitativa, com sustentação da tese mediante conjugação da legislação, da doutrina e, especialmente, da realidade fática da jurisprudência.

1. A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL EM VIGOR ATÉ 2016, COM ENTENDIMENTO PACÍFICO PELA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DAS *ASTREINTES* VENCIDAS

No direito processual civil, a fixação da multa processual conhecida como *astreintes* consolidou-se como importante e eficaz meio de coerção do devedor, com objetivo de forçá-lo ao cumprimento da obrigação imposta pela decisão judicial.

Na legislação brasileira, antes do advento da Lei nº 13.105/15 – Código de Processo Civil de 2015¹, as *astreintes* eram normatizadas especialmente pelos artigos 287, 461, 461-A e 645, todos da Lei nº 5.869/73 – Código de Processo Civil de 1973², com as redações dadas pela Lei nº 8.952/94³, pela Lei nº 8.953/94⁴ e pela Lei nº 10.444/02⁵.

Na citada legislação anterior, a parte final do § 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973⁶ dispunha que “a medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”, portanto com previsão expressa de amplas possibilidades de modificações das *astreintes* por parte do magistrado.

Em coerência, o § 5º do mesmo dispositivo⁷ previa a possibilidade de o juiz “determinar as medidas necessárias” ao cumprimento da obrigação, com sequência de rol exemplificativo de possibilidades de medidas a serem impostas pelo julgador.

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.

² BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.

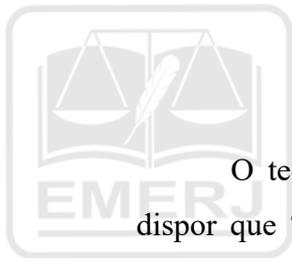
³ BRASIL. *Lei nº 8.952*, de 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18952.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.

⁴ BRASIL. *Lei nº 8.953*, de 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18953.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.

⁵ BRASIL. *Lei nº 10.444*, de 7 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷ Ibid.



O teor do § 6º do citado artigo 461⁸ trazia redação imune a quaisquer dúvidas, ao dispor que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

Na mesma linha, o artigo 645, parágrafo único⁹, previa expressamente que, “se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo”.

Nesse cenário normativo, de variadas e amplas autorizações legais, sem nenhuma limitação específica, a jurisprudência consolidou entendimento pacífico pela possibilidade de o juiz modificar o valor ou a periodicidade da multa, não apenas em relação a fatos posteriores à decisão modificativa, como também com efeitos retroativos à modificação.

Tal entendimento jurisprudencial decorreu não apenas da existência de autorizações legais expressas, mas principalmente em razão da constatação prática de que, como todo antídoto, se aplicadas em excesso ou de maneira desregulada, as *astreintes* podem ser distorcidas e tornar-se deletérias, com possibilidade de enriquecimento indevido do credor e de gravidade desproporcional ao devedor, que pode acarretar até mesmo sua falência ou insolvência.

Dentre muitos, a título meramente ilustrativo, merecem breves referências 2 (dois) julgados acerca do tema, ambos na vigência da legislação processual anterior¹⁰, o primeiro do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e o segundo do Superior Tribunal de Justiça.

Em julgamento de março de 2014¹¹, portanto pouco antes do advento do Código de Processo Civil de 2015¹², o Tribunal Estadual assinalou que “a fixação das *astreintes* tem por objetivo influenciar o comportamento do devedor, de modo a quebrar sua recalcitrância em cumprir a prestação, não devendo funcionar como uma verba indenizatória por perdas e danos destinada ao credor”.

No citado caso concreto¹³, o julgado asseverou o valor desproporcional alcançado pela multa diária, “deixando assim, por força da flagrante desproporcionalidade, de ser um importante meio de execução do comando judicial para se tornar muito mais atrativo que a obrigação de fazer propriamente dita”.

⁸ Ibid.

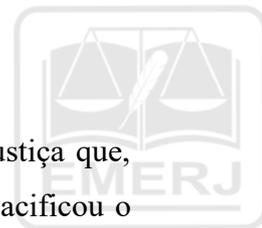
⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n° 0007818-13.2014.8.19.0000*. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048AE65338C064D5D23D34AFD9A86C4EC5C50304033419>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 11.



Entendimento similar foi consagrado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que, nas hipóteses excepcionais de distorções e desproporcionalidades das *astreintes*, pacificou o mesmo entendimento, ou seja, pela possibilidade de modificação da multa coercitiva, inclusive das parcelas vencidas, anteriores à decisão modificativa.

No citado Tribunal Superior, vale frisar julgado¹⁴ igualmente anterior ao Código de Processo Civil de 2015¹⁵, que frisou que “não deve prevalecer a imposição de multa diária de elevado valor, (...) para que a devedora assine escritura de compra e venda de uma garagem, sabendo-se que em pouco tempo a multa alcançará valor muito superior ao do bem”.

Nesse cenário jurídico e em seu respectivo contexto fático, de autorizações legais expressas, razoabilidade e proporcionalidade da medida e jurisprudência pacífica, a matéria não despertava controvérsias na doutrina, que sempre se posicionava pacificamente pela possibilidade de modificação de *astreintes* vencidas ou pretéritas, nas hipóteses de distorções do instituto, seja pelo enriquecimento indevido do credor ou pela gravidade desproporcional ao devedor.

2. O ADVENTO DA NOVEL LEGISLAÇÃO: A LEITURA ISOLADA DO § 1º DO ARTIGO 537 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, COM EQUIVOCADO ENTENDIMENTO INICIAL DE PARTE DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA, PELA IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DAS *ASTREINTES* VENCIDAS

Com o advento da Lei nº 13.105/15 – Código de Processo Civil de 2015¹⁶, as *astreintes* receberam disciplina legal mais organizada e pormenorizada do que ocorria na legislação anterior – Lei nº 5.869/73 – Código de Processo Civil de 1973¹⁷.

A novel legislação processual civil¹⁸ trata da multa processual especialmente em 3 (três) dispositivos: de maneira mais genérica, no artigo 500; e, de forma mais minuciosa, nos artigos 536 e 537 do diploma processual¹⁹.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 223.782/RJ. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900645693&dt_publicacao=28/05/2001>. Acesso em: 23 mai. 2018.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹ Ibid.



O artigo 500 do Código de Processo Civil²⁰ está localizado no capítulo da sentença e da coisa julgada, especificamente na Seção IV, que trata do julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa.

Ao dispor que “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação”, o citado dispositivo não apenas prevê expressamente a fixação da multa processual, como também evidencia o caráter coercitivo das *astreintes* e a sua clara autonomia em face da obrigação principal.

A seu turno, os artigos 536 e 537 do Código de Processo Civil²¹ estão localizados topograficamente na seção que trata do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer.

O artigo 536, *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil²², além de corroborar a possibilidade de imposição de multa processual em face do executado, como meio coercitivo de busca pela satisfação do exequente, acrescenta que as *astreintes* podem ser fixadas inclusive de ofício pelo julgador.

Por sua vez, o *caput* do artigo 537 do Código de Processo Civil²³, ademais de reafirmar a possibilidade de fixação das *astreintes* independente de requerimento da parte, permite expressamente a sua aplicação desde a fase de conhecimento, ainda em sede de tutela provisória.

No que diz respeito especificamente à possibilidade de modificação das *astreintes*, por parte do julgador, o legislador tratou do tema no § 1º do artigo 537 do Código de Processo Civil²⁴, ao dispor que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, “modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la”, em 3 (três) hipóteses: insuficiência ou excessividade das *astreintes*; demonstração de cumprimento parcial superveniente da obrigação por parte do obrigado; ou justa causa para o descumprimento da obrigação.

Nesse novo cenário normativo, a leitura isolada, aliada à interpretação estritamente literal, fragmentada e viciada do § 1º do artigo 537 do Código de Processo Civil²⁵, podem levar à equivocada conclusão de que o juiz somente poderia modificar o valor ou a periodicidade das *astreintes*, bem como excluir, exclusivamente a multa já vencida.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.



Nesse exato sentido, vale destacar o surgimento de abalizada doutrina nacional, conforme lição de Alexandre Freitas Câmara²⁶:

permite a lei que o juiz, de ofício ou a requerimento, modifique o valor ou a periodicidade da multa *vincenda*, ou que a exclua, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, ou se o obrigado demonstrar cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento (art. 537, § 1o). Importante ter claro, porém, que só se pode reduzir ou aumentar multa *vincenda*, não sendo admissível a alteração de valor de multa já vencida, o que implicaria a redução do valor de um crédito já configurado do demandante, violando-se um seu direito adquirido. Apenas multas *vincendas*, portanto, podem ter seu valor ou periodicidade modificados por decisão judicial.

No mesmo entendimento, ou seja, pela vedação à modificação de *astreintes* vencidas, com possibilidade restrita de modificação exclusivamente da multa futura, Fredie Didier Júnior²⁷ afirma que “a modificação não afeta a multa que já incidiu; a alteração tem eficácia para o futuro”.

Em coerência com a doutrina citada, igualmente após o advento da nova legislação processual²⁸, surge entendimento de parte da jurisprudência, em sentido absolutamente diverso de tudo o que se havia consolidado até então, ou seja, pela impossibilidade de o juiz modificar o valor ou a periodicidade da multa vencida, com vedação a efeitos retroativos anteriores à data da decisão judicial de modificação das *astreintes*.

A título meramente ilustrativo, merece breve referência um recente julgado específico acerca do tema, já na vigência da atual legislação processual²⁹, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em julgamento de março de 2018³⁰, portanto já na vigência do Código de Processo Civil de 2015³¹, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assinalou que “no que se refere à redução do valor das *astreintes*, a nova ordem processual vigente, em seu artigo 537, § 1º, inovou no sentido de autorizar tão somente a modificação ou exclusão da multa cominatória *vincenda*”.

No citado julgado, o Tribunal Estadual³² concluiu que “o valor das *astreintes* após sua

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 386.

²⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, Execução. 7. ed. V. 5. Bahia: Juspodivm, 2017, p. 614.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁹ Ibid.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0021768-86.2010.8.19.0014*. Relator: Desembargador Carlos Azeredo de Araújo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D848340602A907D2D4D679C455D01708C5075A294029>>. Acesso em: 02 set. 2018.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

³² BRASIL, op. cit., nota 30.



consolidação, ou seja, o montante da multa vencida, como no caso em análise, s.m.j., não é passível de alteração”.

Dessa forma, muito embora o tema ainda esteja incipiente e controvertido, é certo que, após o advento do novo diploma processual civil³³, surge parte da doutrina, de renome nacional, seguida por parte da jurisprudência em formação, a conferir uma interpretação literal, fragmentada e equivocada do § 1º, do artigo 537 do Código de Processo Civil³⁴, no sentido de que somente seria permitida a modificação do valor ou da periodicidade, bem como a exclusão, exclusivamente da multa processual vencida.

Em que pese o incontestável brilho dos doutrinadores citados, que inicialmente adotam tal entendimento, com a devida vênia, tal posição está a merecer críticas e revisão, uma vez que a interpretação sistemática da legislação processual permite a modificação de *astreintes* vencidas, em situações excepcionais em que se evidenciem distorções do instituto, seja pelo enriquecimento indevido do credor ou pela gravidade desproporcional ao devedor.

3. A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ARTIGO 537, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: MANUTENÇÃO DAS EXCEPCIONAIS POSSIBILIDADES DE MODIFICAÇÕES DAS *ASTREINTES* VENCIDAS

Em que pese a equivocada leitura isolada, com interpretação estritamente literal e fragmentada do § 1º do artigo 537 do Código de Processo Civil³⁵, que podem fazer crer na possibilidade de modificação ou de exclusão unicamente das *astreintes* vencidas, a interpretação sistemática do citado dispositivo conduz à conclusão diversa.

Com base nos princípios de ordem processual e material, corroborados pela realidade fática jurisprudencial, devem persistir as excepcionais possibilidades de modificações nas multas processuais vencidas, mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 2015³⁶.

Isso porque, como todo antídoto, se aplicadas em excesso ou de maneira desregulada, as *astreintes* podem ser distorcidas e tornar-se deletérias, com possibilidade de enriquecimento indevido do credor e de gravidade desproporcional ao devedor, que pode acarretar até mesmo sua falência ou insolvência.

³³ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.



Em sede procedimental, o artigo 5º do Código de Processo Civil³⁷ é consectário do princípio da boa-fé processual, configurando-se norma fundamental do processo civil, que deve irradiar sobre todo o Diploma Processual, especialmente sobre as condutas das partes nos casos concretos.

Em sede de direito material, em coerência com o princípio da boa-fé processual, devem ser destacadas as previsões contidas nos artigos 187 e 422 do Código Civil³⁸, o primeiro com expressa vedação legal ao abuso de direito, caracterizando-o textualmente como “ato ilícito”, e o segundo com obrigação contratual de obediência aos princípios da probidade e da boa-fé.

Nesse cenário, torna-se importante a compreensão da teoria do *duty to mitigate the loss* – “dever de mitigar a perda”, segundo a qual é dever de ambas as partes, inclusive do próprio credor, agir com cooperação e com boa-fé, de maneira a evitar o agravamento da situação do devedor.

Dessa forma, se a parte em posição de vantagem quedar-se negligente em seu dever de cooperação processual, deixando de maneira descompromissada de mitigar os prejuízos do devedor, é possível promover a redução das perdas e danos.

Quanto ao tema, vale destacar o teor do enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal³⁹ que, ao analisar o artigo 422 do Código Civil, firmou que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Especificamente quanto às *astreintes*, evidencia-se que o credor que deixa de executar seu direito por longo lapso temporal, apenas para aguardar a majoração de eventuais penalidades em desfavor da parte adversa, não atende ao princípio da boa-fé processual.

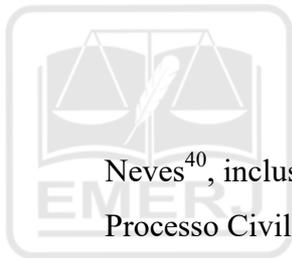
Tal situação processual equipara-se ao conceito material de *supressio*, que traduz a possibilidade de supressão de um direito ou de uma posição jurídica, na hipótese em que o seu não exercício por parte do credor, por longo lapso de tempo, gera no devedor a justa expectativa de supressão do direito.

Em irretocável análise da matéria, vale destacar lição de Daniel Amorim Assumpção

³⁷ Ibid.

³⁸ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

³⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 169*. III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/300>>. Acesso em: 18 set. 2018.



Neves⁴⁰, inclusive com referências ao trâmite do projeto de lei que deu origem ao Código de Processo Civil de 2015⁴¹:

nesse tocante havia uma significativa novidade no projeto de lei aprovado na Câmara que foi retirada do Novo CPC pelo Senado. Havia previsão expressa no sentido de que a mudança do valor da multa só se aplicaria para o futuro. Primeiro, porque o dispositivo falava em 'multa vincenda' e depois porque afirmava expressamente que a mudança não teria 'eficácia retroativa'. Como se pode notar no projeto de lei aprovado na Câmara, o valor consolidado das astreintes não poderia ser reduzido pelo juiz, em entendimento que contraria a posição majoritária da jurisprudência. O projeto de lei aprovado na Câmara consagrava o que a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça chamou de 'indústria das astreintes', quando o exequente abdica da satisfação do seu direito para manter a aplicação da multa durante longo espaço de tempo.

E assim concluiu a irrepreensível lição: “A retirada da expressão 'sem eficácia retroativa' do texto final do art. 537, §1º, do Novo CPC continua a permitir a redução do valor consolidado da multa”⁴².

No mesmo sentido, a doutrina clássica de Humberto Theodoro Júnior⁴³ alerta que, “muitas vezes é o próprio credor que provoca a progressão da multa. É preciso, portanto, avaliar caso a caso a razão pela qual as multas vencidas se acumularam, para que o art. 537, § 1º, seja aplicado de forma justa e razoável”.

E concluiu o notável doutrinador⁴⁴:

esse novo sistema, segundo pensamos, poderá – se tratado como absoluto – gerar distorções nos casos em que, por exemplo, a redução da multa se justifica em razão de o credor, maliciosamente ter deixado passar longo tempo sem executá-la, só o fazendo depois de ter assumido um montante exagerado, capaz de arruinar economicamente o devedor ou de provocar-lhe um dano iníquo e injustificável eticamente. Essa conduta, conforme as proporções que assuma, pode ser qualificada como ofensiva ao dever processual de boa-fé e lealdade, preconizada pelo art. 14, II, do CPC, cabendo ao juiz reprimi-la como litigância de má-fé. Decerto que, em hipóteses tais, mesmo as parcelas vencidas da multa poderiam ser reduzidas, considerando que, como princípio geral, a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza.

Em coerência com a doutrina citada, em que pese a existência de controvérsias iniciais, mesmo após o advento da nova legislação processual⁴⁵, permanece a existir firme entendimento jurisprudencial pela possibilidade de modificação do valor ou da periodicidade da multa vencida, com efeitos retroativos anteriores à data da decisão judicial de modificação

⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. Lei 13.105/2015. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 347-348.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴² NEVES, op. cit., p. 348.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 248.

⁴⁴ Id., p. 248.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

das *astreintes*.

Em julgamento de novembro de 2016⁴⁶, portanto já na vigência do Código de Processo Civil de 2015⁴⁷, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela irradiação do princípio da boa-fé objetiva, com o conseqüente corolário da vedação ao abuso do direito, para hipótese de modificação retroativa de *astreintes*.

Além de permitir a modificação da multa vencida, o citado julgado fixou parâmetros objetivos para arbitramento e eventuais alterações da multa processual, nos seguintes termos⁴⁸:

o arbitramento da multa coercitiva e a definição de sua exigibilidade, bem como eventuais alterações do seu valor e/ou periodicidade, exige do magistrado, sempre dependendo das circunstâncias do caso concreto, ter como norte alguns parâmetros: i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); iii) capacidade econômica e de resistência do devedor; iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate de loss*).

Dessa forma, muito embora o tema ainda esteja incipiente e controvertido, é satisfatório constatar que, mesmo após o advento do novo diploma processual civil⁴⁹ e a deficiente redação do § 1º do seu artigo 537, permanece hígida doutrina de renome nacional, seguida por jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a conferir uma interpretação sistemática ao dispositivo em tela, com base nos princípios de ordem processual e material, corroborados pela realidade fática jurisprudencial, de maneira a persistir as excepcionais possibilidades de modificações nas *astreintes* vencidas.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa científica tratou da manutenção da possibilidade de modificação de *astreintes* vencidas, mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 2015, à luz da necessária interpretação sistemática de seu artigo 537, § 1º.

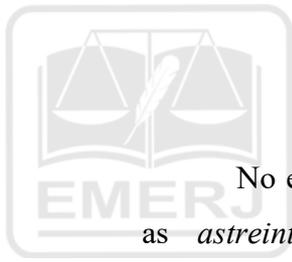
No processo civil, ao longo dos anos, a fixação da multa processual consolidou-se como importante e eficaz meio de coerção do devedor, com objetivo de forçá-lo ao cumprimento da obrigação.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 738.682/RJ*. Relator para acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68088742&num_registro=201501628853&data=20161214&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 set. 2018.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 46.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.



No entanto, como todo antídoto, se aplicadas em excesso ou de maneira desregulada, as *astreintes* podem ser distorcidas e tornar-se deletérias, com possibilidade de enriquecimento indevido do credor e de gravidade desproporcional ao devedor, que pode acarretar até mesmo sua falência ou insolvência.

Sob a égide da legislação processual civil em vigor até 2016, em um cenário de amplas autorizações legais e de nenhuma limitação legal específica, a doutrina e a jurisprudência consolidaram entendimento pacífico pela possibilidade de o juiz modificar o valor e a periodicidade da multa, não apenas em relação a fatos posteriores à decisão modificativa, como também com efeitos retroativos à modificação.

Naquele cenário processual anterior, em seus respectivos contextos jurídico e fático, de autorizações legais expressas, nenhuma limitação legal, razoabilidade e proporcionalidade da medida, a matéria não despertava maiores controvérsias na doutrina e na jurisprudência, que sempre se posicionavam pacificamente pela possibilidade de modificação de *astreintes* vencidas ou pretéritas, nas hipóteses de distorções do instituto no caso concreto.

Com o advento da novel legislação processual, a leitura isolada do § 1º do artigo 537 do Código de Processo Civil pode levar à equivocada conclusão da impossibilidade de modificação da multa vencida, uma vez que o dispositivo legal permite de maneira expressa, mas exclusiva, a modificação de *astreintes* vencidas, silenciando acerca da multa vencida.

No novo cenário legal processual, surgiu parte da doutrina, de renome nacional, que passou a entender pela impossibilidade de modificação das *astreintes* pretéritas, a partir de uma leitura fragmentada e viciada do citado dispositivo processual.

No entanto, amparada em igualmente notável doutrina, aliada às necessidades dos casos concretos, esta pesquisa demonstrou a necessidade de manutenção das excepcionais possibilidades de modificações nas *astreintes* vencidas, nas hipóteses de distorções do instituto, mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Os principais argumentos usados na pesquisa, para a solução da questão, consistiram na ausência de vedação legal expressa, na interpretação sistemática dos dispositivos legais, em conceitos incontroversos de direito material, na necessária atenção aos princípios processuais norteadores do processo civil e, por fim, na realidade fática jurisprudencial.

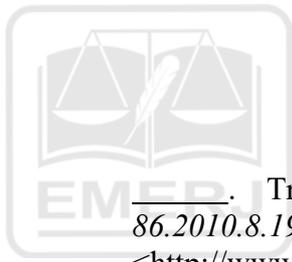
Dessa forma, muito embora o tema ainda esteja incipiente e controvertido, é satisfatório constatar que, mesmo após o advento do novo diploma processual civil, deve permanecer hígido o entendimento pela manutenção das excepcionais possibilidades de modificações nas *astreintes* vencidas, nos casos de distorções do instituto e de suas deletérias

consequências.

Por fim, diante da relevância da matéria no dia a dia processual, aliada ao surgimento de divergências doutrinárias e jurisprudenciais importantes, torna-se urgente que os tribunais superiores venham a editar enunciados sobre o tema ou, ao menos, que a doutrina majoritária formule tais enunciados nos respectivos fóruns de direito processual civil, cujo resultado se espera seja a manutenção do entendimento pelas excepcionais possibilidades de modificações nas *astreintes* vencidas, nos casos de distorções do instituto e de suas deletérias consequências.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.
- _____. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.
- _____. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.
- _____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 169*. III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/300>>. Acesso em: 18 set. 2018.
- _____. *Lei n° 8.952*, de 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18952.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.
- _____. *Lei n° 8.953*, de 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18953.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.
- _____. *Lei n° 10.444*, de 7 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 223.782/RJ*. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900645693&dt_publicacao=28/05/2001>. Acesso em: 23 mai. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Agravo em Recurso Especial n° 738.682/RJ*. Relator para acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68088742&num_registro=201501628853&data=20161214&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 set. 2018.



_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0021768-86.2010.8.19.0014*. Relator: Desembargador Carlos Azeredo de Araújo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D848340602A907D2D4D679C455D01708C5075A294029>>. Acesso em: 02 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0007818-13.2014.8.19.0000*. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048AE65338C064D5D23D34AFD9A86C4EC5C50304033419>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. 7. ed. V. 5. Bahia: Juspodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. Lei 13.105/2015. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MORTE DE DETENTO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Paula Lira de Thaumaturgo

Graduada pela Universidade Estácio de
Sá. Advogada.

Resumo – A crise vivenciada pelo sistema carcerário brasileiro se tornou um problema crônico, na medida em que os detentos são submetidos a condições degradantes no cumprimento de suas penas. Em virtude do total desrespeito aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e diante da inércia da Administração Pública, a doutrina e a jurisprudência têm entendido pela possibilidade de responsabilização do Estado quando ocorre à morte de um detendo em unidade prisional, seja qual for a sua causa. Nessa senda, o presente trabalho preocupou-se em demonstrar que a inobservância do dever de guarda pelas autoridades públicas autoriza a repressão por parte do Poder Judiciário quando verificado no caso concreto que o Estado tinha a possibilidade de evitar o resultado que era previsível, impondo-se uma indenização como forma de compor os danos ocasionados.

Palavras-chave – Direito administrativo. Direito constitucional. Respeito à integridade física e moral no cumprimento de pena. Morte de detento. Responsabilidade civil do Estado.

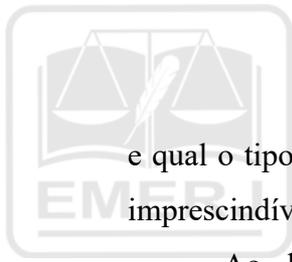
Sumário – Introdução. 1. A crise do sistema penitenciário brasileiro como reflexo da inércia do Estado e a necessidade da atuação do Poder Judiciário. 2. Controvérsias quanto à responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. 3. Possibilidade jurídica da configuração do dever estatal de indenizar em decorrência da morte de detento em unidade prisional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil do Estado pela morte de detento em estabelecimento prisional. À luz dos direitos e garantias positivados na Constituição Federal de 1988, principalmente levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, são aferidas as possibilidades de responsabilização estatal quando ocorre o desrespeito à integridade física e moral do detento durante o cumprimento de sua pena.

Nessa esteira, o primeiro capítulo do trabalho relaciona a ineficiência e omissão do Estado com a atual crise vivenciada pelo sistema carcerário brasileiro, trazendo toda a problemática envolvida no dever de garantir a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do preso. O fato de um cidadão ter cometido um ilícito penal e inobservado as regras impostas pelo ordenamento jurídico, não lhe retira a condição de sujeito de direitos, não podendo ser admitido que sofra penalidades além daquelas descritas no tipo penal.

O segundo capítulo analisa a responsabilidade civil do Estado em decorrência de sua omissão, expondo as controvérsias acerca de qual a teoria que rege a responsabilidade estatal



e qual o tipo de responsabilidade civil é aplicável, verificando se a prova da culpa ou dolo é imprescindível para sua configuração.

Ao longo da evolução histórica, tivemos um período de total ausência de responsabilidade civil por parte da Administração Pública, verificando hoje a consagração desse instituto pelo artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Os deveres impostos ao Estado visam à materialização dos direitos positivados na Constituição, que têm como destinatário todos os cidadãos. Exatamente no descumprimento desses deveres que se pode notar a incidência da responsabilidade civil.

O terceiro e último capítulo defende a possibilidade jurídica da configuração do dever estatal de indenizar quando ocorre a morte de detento em unidade prisional por inobservância do dever específico de proteção, questão esta que tem se destacado no cenário jurídico. De um lado, encontra-se o Estado alegando a impossibilidade de lhe impor o dever absoluto de guarda do preso, e, do outro, a necessidade de repressão da omissão estatal, de forma a restaurar um equilíbrio moral e patrimonial desfeito pelos agentes públicos.

De forma a encontrar o atual posicionamento dos operadores do Direito sobre o tema proposto, resolver as questões controvertidas e fundamentar soluções para a problemática envolvida, foi elaborada uma pesquisa bibliográfica, com exploração do tema em livros, artigos publicados na internet e através de outros meios escritos de professores e estudiosos do tema, assim como pelo estudo de importantes decisões na jurisprudência.

Para tanto, o trabalho traz uma abordagem qualitativa, com uma pesquisa descritiva e explicativa, desenvolvendo-se pelos procedimentos bibliográfico e estudo de caso.

1. A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO REFLEXO DA INÉRCIA DO ESTADO E A NECESSIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal de 1988 ampliou substancialmente o rol de direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico, de forma a consagrar dispositivos que lhes conferem maior proteção e dever de observância por todos da sociedade, inclusive e principalmente pelos entes da Administração Pública.

Ao propagar a igualdade de todos sem distinção de qualquer natureza, o artigo 5º da Carta Magna prevê regras sobre as penas e assegura direitos aos presos. Assim, os seus incisos¹ determinam que somente a lei pode regular os tipos de pena, as quais deverão ser aplicadas de maneira individualizada e personalíssima, garantindo-se o respeito a integridade

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.



física e moral do detento, sendo vedadas as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e cruéis.

Dentro desse contexto, a Lei de Execução Penal nº 7.210/84² prevê como objetivo principal efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, proporcionando condições para a harmônica integração social do condenado, assegurando-lhe todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, vedando qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política, determinando uma cooperação entre Estado e comunidade nas atividades de execução da pena.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), no uso de suas atribuições legais e regimentais, criou ainda uma resolução³ fixando regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil.

Contudo, levando-se em consideração a atual crise vivenciada pelo sistema carcerário brasileiro, resta evidente a ausência de efetividade desses preceitos, em que os presos são submetidos a condições degradantes no cumprimento de suas penas, havendo flagrante desrespeito por parte do Estado ao princípio que fundamenta a República Federativa do Brasil, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet⁴, a dignidade humana constitui-se em:

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

O direito de punir é conferido exclusivamente ao Estado, que o realiza por meio dos ditames do Direito Penal, visando à preservação e proteção da ordem social. Porém, em contrapartida, deve conferir aos detentos à observância de todas as garantias constitucionais vigentes, visando uma posterior ressocialização desse apenado a sociedade.

Lizandra Pereira Demarchi⁵, em artigo jurídico publicado sobre o tema, pondera que:

² BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

³ BRASIL. *Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994*. Disponível em: < <http://www.mpccp.br/wp-content/uploads/2016/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-014.1994-CNPCCP-Regras-m%C3%ADimas-para-o-tratamento-do-preso.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

⁵ DEMARCHI, Lizandra Pereira. *Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais->



Por certo, a situação crítica vivida pelos cidadãos-presos somente poderá ser resolvida quando o verdadeiro Estado Democrático de Direito deixar de ser apenas uma previsão constitucional, ou seja, quando passar a garantir o cumprimento dos princípios para todos os brasileiros, principalmente em relação à dignidade humana, e não simplesmente exercer a violência legítima, oficializada.

A omissão do Estado encontra respaldo no pensamento coletivo de grande parte da sociedade de retirar do detento a sua condição de ser humano e, conseqüentemente, de desconsiderá-lo como sujeito de direitos. Não havendo pressão por parte da população, falta vontade política de reverter esse quadro de total desleixo, que já se tornou crônico. Todavia, não se pode admitir como normal e aceitável a inadimplência estatal, o qual deve aplicar a norma protetora em sua plenitude, sem conferir distinções ou preferências.

Ives Gandra Martins⁶ afirma que:

O encarcerado pelo Estado tem que ser tratado com dignidade. O leitor certamente argumentará: “mas o criminoso não respeitou a dignidade da vítima.” É certo, mas o Estado não pode nivelar sua conduta pelo comportamento do criminoso. O fato de o cidadão não ter tratado a sociedade como deveria e ter sido condenado por isto não é justificativa para a sociedade tratá-lo da mesma maneira.

Diante da inércia do Estado em implementar políticas públicas que objetivem a mudança do atual panorama, surge a controvérsia acerca da possibilidade do Poder Judiciário se imiscuir em função que lhe é atípica e consolidar direitos fundamentais mediante a repressão da Administração Pública, o que poderia ofender o princípio democrático da separação dos poderes.

Não se pode admitir, contudo, que o Poder Judiciário ignore os pleitos da população carcerária, que clama pela observância de direitos que lhe são conferidos pela norma que embasa toda a ordem jurídica (Constituição Federal), sob o argumento de desrespeitar as capacidades institucionais do Legislativo e do Executivo, enquanto estes continuam a transgredi-los.

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio, relator no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, em que se pede o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e a determinação da adoção de

do-cidadao-presos-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a Constituição: comentários à Constituição Brasileira*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 110.



diversas providências no tratamento da questão prisional do país⁷, adotou o seguinte entendimento⁸:

Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática.

Na referida ADPF nº 347, ajuizada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), subscrita pelo constitucionalista Daniel Sarmento, defendeu-se que o sistema penitenciário brasileiro vive um “estado de coisas inconstitucional”, técnica que não está prevista expressamente em nenhum instrumento normativo brasileiro, mas que pode ser adotada pelo Poder Judiciário diante de uma violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, somado a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura⁹.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que questões orçamentárias não constituem óbice para que o Poder Judiciário determine o implemento de políticas públicas em presídios, fixando a seguinte tese de repercussão geral no julgamento do RE nº 592.581¹⁰:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes.

Dessa forma, preponderante a necessidade de consolidação dos ditames constitucionais pelo Poder Judiciário em detrimento ao respeito da separação dos poderes, uma vez que os verdadeiros responsáveis continuam silentes quanto ao decadente sistema de execução penal do Brasil. Retirar essa possibilidade significaria aceitar como lícita às

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em: 21 out. 2018.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 592581*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297592>>. Acesso em: 21 out. 2018.



violações perpetuadas aos apenados e admitir a imposição de penalidades além daquelas previstas na legislação.

2. CONTROVÉRSIAS QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA

A evolução da responsabilidade civil do Estado é marcada pela busca crescente da proteção do indivíduo e da limitação da atuação estatal¹¹. Em um primeiro momento, se observa um período de irresponsabilidade civil, em que o Estado atuava como autoridade soberana e sem qualquer limite, sendo essa fase superada pela etapa da responsabilização do Estado, mas que ficava condicionada a demonstração da culpa dos agentes públicos e, posteriormente, se vislumbra a consagração da responsabilidade objetiva, por meio do artigo 37, § 6º da Constituição Federal¹².

Com a previsão da responsabilidade objetiva estatal, surgiram duas teorias que procuraram justificar sua aplicabilidade: a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo. Ambas as teorias partem do pressuposto de que a vítima lesada não precisa comprovar a culpa na conduta do agente público que gerou a deficiência administrativa causadora do dano. O que as diferencia, no entanto, é a possibilidade de se admitir excludentes de responsabilidade.

Para a teoria do risco integral, em nenhuma hipótese, o Estado pode se eximir da obrigação de indenizar, razão pela qual, somente tem aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico em situações excepcionais. Adota-se como regra no direito brasileiro a teoria do risco administrativo, permitindo que o Estado tenha sua responsabilidade excluída quando conseguir comprovar a ocorrência de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Sérgio Cavalieri Filho¹³ sintetiza que:

[...] a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda

¹¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Editora Forense, 2018, p. 808.

¹² Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

BRASIL. op. cit., nota 1.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 243.



lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

A responsabilidade civil busca, a partir de uma omissão ou de um ato lesivo, restaurar um equilíbrio moral e patrimonial desfeito. Quando o autor da lesão é o Estado, se impõe a obrigação de compor o dano causado à terceiro por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou quando deveriam ter desempenhado.

Quando o fato administrativo é uma ação, o Estado será responsabilizado objetivamente, independentemente de ser verificar a intenção do agente, se houve dolo ou não no seu agir. Entretanto, quando a conduta estatal for omissiva, surge intensa divergência sobre a natureza da responsabilidade civil, se objetiva ou subjetiva.

Dentro desse cenário, a posição da doutrina tradicional e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁴ é no sentido de que se trata de responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa por parte do Poder Público, cabendo ao particular comprovar o nexo de causalidade entre a omissão estatal (inexistência do serviço, deficiência do serviço ou atraso na prestação do serviço) e o dano ocasionado. Nesse sentido, Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo¹⁵ ponderam que:

é equivocado afirmar que, diante de qualquer situação, a responsabilidade da Administração Pública seja sempre objetiva. Deveras, o art. 37, § 6.º da Constituição atribui responsabilidade extracontratual objetiva ao Estado apenas na hipótese de danos que decorram direta e imediatamente de alguma atuação, de alguma conduta comissiva de seus agentes.

Em contrapartida, a posição adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁶ firmou-se no sentido de que a responsabilização estatal por uma omissão será objetiva, mas para tanto, deverá existir uma imposição legal específica de agir para impedir que o resultado danoso ocorra. Ou seja, o nexo causal entre a omissão e o evento danoso só restará caracterizado quando houver um dispositivo na legislação vigente determinando o dever do Poder Público de agir e, mesmo assim, ele se mantém inerte.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n.º 1345620*. Relator: Assusete Magalhães. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=45346195&n_um_registro=201202023900&data=20150325&formato=PDF>. Acesso em: 04 set. 2018.

¹⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 858.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 677139*. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308330278&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2018.



Em ratificação ao posicionamento acima, no qual nem toda omissão estatal retrata um descumprimento do dever legal, Sérgio Cavalieri Filho¹⁷ cita o seguinte exemplo:

Se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.

Apesar de a controvérsia ainda não se encontrar pacificada, verifica-se um movimento crescente no sentido da aplicação do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que o Estado assumira as consequências da inobservância de um dever que lhe foi imposto por uma norma legal. Isso não quer dizer que o Poder Público deve ser onipresente, mas há uma legítima expectativa da sociedade de que a legislação seja cumprida e injustiças não sejam cometidas, não podendo os cidadãos ser compelidos a suportar os ônus de uma omissão contrária ao que determina a lei.

Em artigo jurídico publicado sobre o tema, Danillo Lima dos Santos¹⁸ conclui que:

[...] a responsabilidade civil do Estado constitui-se em um indispensável mecanismo de defesa do indivíduo face ao Poder Público. É perceptível também que, quanto à responsabilidade civil do Estado por omissão, não há ainda uma unanimidade quanto aos tipos de responsabilidade, se objetiva ou subjetiva. Todavia, embora existam diversas correntes, vem se consolidando a ideia de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que, nestes últimos, fique demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão específica do Poder Público, conforme delineado pela terceira corrente.

3. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE INDENIZAR EM DECORRÊNCIA DA MORTE DE DETENTO EM UNIDADE PRISIONAL

Com a aplicação da teoria do risco administrativo como regra no ordenamento jurídico brasileiro, consolidou-se o entendimento de que o Estado responde de forma objetiva pela morte de detento em unidade prisional. A omissão específica verificada quando o Poder

¹⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 252.

¹⁸ SANTOS, Danillo Lima dos. *Responsabilidade civil do Estado por omissão e suas correntes*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,responsabilidade-civil-do-estado-por-omissao-e-suas-correntes,588552.html>>. Acesso em: 04 set. 2018.



Público deixa de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral¹⁹ deve ser repreendida com a sua condenação em indenizar os danos que deu causa.

Trata-se do dever especial de diligência, como leciona Marçal Justen Filho²⁰:

A natureza da atividade estatal impõe a seus agentes um dever especial de diligência, consistente em prever as consequências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros. Se o agente estatal infringir esse dever de diligência, atuando de modo displicente, descuidado, inábil, estará configurada a conduta ilícita e surgirá, se houver dano a terceiro, a responsabilidade civil. Observe-se que esse dever de diligência é especial e rigoroso. Não é equivalente àquele que recai sobre todo e qualquer indivíduo que convive em sociedade. A natureza funcional das competências estatais produz o surgimento de um dever de previsão acurada, de cautela dobrada.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”²¹.

Sempre que se verificar a possibilidade de o Estado evitar a morte do detento, seja qual foi a sua causa, esse será responsabilizado, existindo precedentes na jurisprudência tanto quando deriva de homicídio, acidente ou morte natural, como de suicídio. Isso porque, o Poder Público assume, em relação às pessoas sob sua tutela, a posição de garantidor.

Especificamente quanto ao suicídio, por mais que a linha defensiva estatal tenha sido no sentido de afastar a responsabilidade com base no ato exclusivo da vítima, entendendo que tal fato romperia o nexo de causalidade e dispensaria a obrigação de indenizar, o Ministro Luiz Fux²² foi categórico ao afirmar que:

se o detento que praticou o suicídio já vinha apresentando indícios de que poderia agir assim, então, neste caso, o Estado deverá ser condenado a indenizar seus familiares. Isso porque o evento era previsível e o Poder Público deveria ter adotado medidas para evitar que acontecesse.

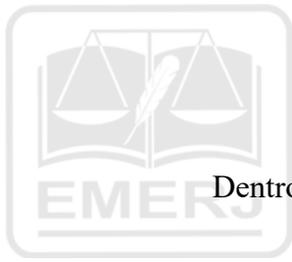
Por outro lado, se o preso nunca havia demonstrado anteriormente que poderia praticar esta conduta, de forma que o suicídio foi um ato completamente repentino e imprevisível, neste caso o Estado não será responsabilizado porque não houve qualquer omissão atribuível ao Poder Público.

¹⁹ BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁰ FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1206.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 841526*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313198>>. Acesso em: 12 set. 2018.

²² BRASIL, op. cit., nota 19.



Dentro da mesma linha de raciocínio, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello²³:

Se o Poder Público despoja os internos em certo presídio de quaisquer recursos que lhes permitam atentar contra a própria vida, não pode eximir-se de responsabilidade em relação ao suicídio de algum ou alguns detentos a respeito dos quais se omitiu na adoção de igual cautela.

Portanto, deve ser realizada a análise de cada caso concreto, de forma a vislumbrar o nexos causal entre a ausência de conduta que se pode exigir do Estado e o dano sofrido pelo custodiado na prisão. O fato de a morte ter sido ocasionada por um terceiro ou por fatores externos, mas no interior de uma unidade prisional, não retira a responsabilidade civil do Estado, que deve zelar pelo cumprimento do dever de guarda quando verificada a possibilidade de um evento danoso. Contudo, quando possível comprovar que a morte não poderia ter sido evitada, ocorrerá a dispensa de indenizar. Com base nisso, Rafael Oliveira²⁴ orienta que:

[...] a responsabilidade por omissão estatal revela o descumprimento do dever jurídico de impedir a ocorrência de danos.

Todavia, somente será possível responsabilizar o Estado nos casos de omissão específica, quando demonstradas a previsibilidade e a evitabilidade do dano, notadamente pela aplicação da teoria da causalidade direta e imediata quanto ao nexos de causalidade (art. 403 do CC). Vale dizer: a responsabilidade restará configurada nas hipóteses em que o Estado tem a possibilidade de prever e de evitar o dano, mas permanece omissivo.

Não se demonstra razoável exigir do Estado a observância de um dever absoluto de guarda, razão pela qual se admite a incidência de excludentes de responsabilidade quando verificada a ocorrência de um evento inevitável, cabendo, de toda sorte, o ônus da prova à Administração Pública, relacionando que a sua eventual inércia não contribuiu de forma direta ao resultado morte.

De forma didática, Márcio André Lopes Cavalcante²⁵, destaca os seguintes exemplos:

Imagine que um detento está doente e precisa de tratamento médico. Ocorre que este não lhe é oferecido de forma adequada pela administração penitenciária. Há claramente uma violação ao art. 14 da LEP. Neste caso, se o preso falecer, o Estado deverá ser responsabilizado, considerando que houve uma omissão específica e o óbito era plenamente previsível.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1019.

²⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 819-820.

²⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Responsabilidade civil do Estado em caso de morte de detento*. Disponível em: < <https://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>>. Acesso em: 12 set. 2018.



Suponha, no entanto, que o preso estivesse bem e saudável e, sem qualquer sinal anterior, sofre um mal súbito no coração e cai morto instantaneamente no pátio do presídio. Nesta segunda hipótese, o Poder Público não deverá ser responsabilizado por essa morte, já que não houve omissão estatal e este óbito teria acontecido mesmo que o preso estivesse em liberdade.

Dessa forma, importante destacar a conclusão adotada por Karine Jordana Barros Belém²⁶ a respeito do tema:

[...] o Estado não pode se eximir do dever de proteção e vigilância para com os presos, tendo em vista o respaldo constitucional e o status de direito fundamental que a Constituição garante à proteção da integridade física e moral dos detentos, sob pena de esvaziamento das garantias constitucionais já mencionadas. As falhas e complexidades do sistema prisional brasileiro já são de conhecimento de todos. Entretanto, o Estado não pode fechar os olhos para a violência degradante sofrida pelos detentos dentro dos estabelecimentos prisionais e se utilizar dessas mazelas como justificativa para afastar sua responsabilidade civil perante os administrados.

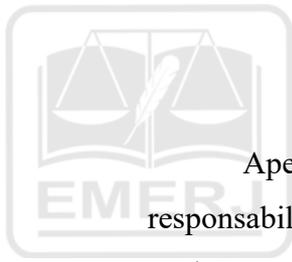
CONCLUSÃO

É dever do Estado e direito subjetivo do detento que a execução da sua pena observe os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. O respeito à integridade física e moral do preso é consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual fundamenta a República Federativa do Brasil e, conseqüentemente, todo o nosso sistema de normas.

O fato de alguém ter cometido um ilícito penal e descumprido regras impostas pelo ordenamento jurídico, não lhe retira a condição de ser humano e nem autoriza o Estado a se manter inerte. Não se trata de defender a impunidade ou penas mais brandas, mas de destacar que a Administração Pública deve garantir condições dignas para que os custodiados cumpram as suas penas, possibilitando a sua posterior ressocialização e não a privação de sua vida.

A adoção da teoria do risco administrativo como regra no âmbito da responsabilidade civil está possibilitando que a doutrina e a jurisprudência consolidem os seus entendimentos no sentido de impor as autoridades públicas o dever de restaurar um equilíbrio moral e patrimonial desfeito, a partir de uma omissão ou de um ato lesivo, admitindo-se, entretanto, que a parte suscite causas excludentes dessa responsabilidade.

²⁶ BELÉM, Karine Jordana Barros. *Responsabilidade civil objetiva do Estado por morte de detento*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/8/art20160826-07.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.



Apesar das controvérsias ainda existentes no atual cenário jurídico quanto à responsabilidade civil estatal por conduta omissiva, o Supremo Tribunal Federal firmou a sua posição no julgamento do Recurso Extraordinário nº 841.526, com repercussão geral reconhecida, no sentido de que cabe ao Estado assumir as consequências pela inobservância de um dever que lhe foi imposto por uma determinação legal. Verificada a ocorrência da omissão específica estatal, em que o Poder Público possui meios de evitar o resultado danoso que lhe era previsível, impõem-se a sua responsabilização pela morte de um detento em unidade prisional, seja qual for à causa.

Quando o preso se encontra em cárcere, o Estado possui sobre ele o dever de guarda, o qual não é absoluto, mas que não o exime de responsabilidades. A situação insustentável do sistema carcerário é reflexo da ineficiência e falta de atuação dos administradores públicos, que deve ser repudiado e clama por uma atuação incisiva e repressiva do Poder Judiciário, como forma de conferir efetividade aos ditames da Constituição Federal e não permitir a aplicação de punições que por ela são vedadas.

A pretensão punitiva somente restará impossibilitada quando se vislumbrar no caso concreto uma causa impeditiva da atuação eficaz por parte das pessoas jurídicas de direito público, cabendo a estes o ônus da prova, afastando-se, portanto, a responsabilidade civil diante do rompimento do nexo causal entre a omissão e o resultado danoso.

REFERÊNCIAS

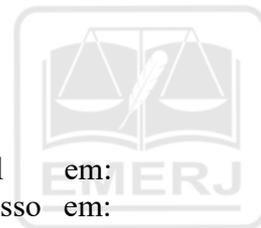
ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BELÉM, Karine Jordana Barros. *Responsabilidade civil objetiva do Estado por morte de detento*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/8/art20160826-07.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

_____. *Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-014.1994-CNPCP-Regras-minimas-para-o-tratamento-do-presos.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.



_____. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 592581*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297592>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 1345620*. Relator: Assusete Magalhães. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=45346195&num_registro=201202023900&data=20150325&formato=PDF>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 677139*. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308330278&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 841526*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313198>>. Acesso em: 12 set. 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Responsabilidade civil do Estado em caso de morte de detento*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. *Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em: 21 out. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DEMARCHI, Lizandra Pereira. *Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a Constituição: comentários à Constituição Brasileira*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 110.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2018.

SANTOS, Danillo Lima dos. *Responsabilidade civil do Estado por omissão e suas correntes*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,responsabilidade-civil-do-estado-por-omissao-e-suas-correntes,588552.html>>. Acesso em: 04 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: A VEDAÇÃO À EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Paulo Brant Pessoa

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo - Faz-se uma análise do instituto da prescrição como extinção da punibilidade nos crimes materiais tributários, em que se faz uma breve exposição sobre a extinção da punibilidade, comenta-se a excludente pelo pagamento integral até chegar a problemática da vedação da excludente pela prescrição e a repetição de indébito pelo pagamento de crédito extinto. Para isso, além de analisar a legislação pertinente e os princípios legais e constitucionais, debruça-se sobre decisões judiciais e a doutrina com a finalidade de demonstrar a possibilidade de sua aplicação.

Palavras-chave - Direito Penal. Crime Tributário. Extinção da Punibilidade. Prescrição do Crédito Tributário

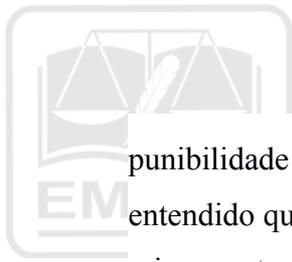
Sumário - Introdução. 1. O crime tributário e a extinção da punibilidade pelo pagamento integral. 2. A constituição do crédito fiscal e sua extinção pela prescrição e pela decadência. 3. Prescrição do crédito e o crime tributário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a vedação à extinção da punibilidade pela prescrição do crédito tributário nos crimes tributários. Procura-se demonstrar que essa vedação vai de encontro a extinção pelo pagamento integral e a repetição do indébito pelo pagamento de dívida tributária prescrita.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir as possibilidades e os limites da extinção da punibilidade nos crimes tributários, buscando compreender os preceitos legais e as problemáticas quanto ao pagamento integral da dívida, a decadência e a prescrição como forma de extinção e a repetição do indébito no caso de pagamento de dívida prescrita.

A maioria dos autores tem por taxativa o rol do art. 156 do CTN, ou seja, em regra, apenas as modalidades expressamente nela elencadas podem dar ensejo a extinção do crédito tributário. Assim, temos, entre outros, o pagamento, a prescrição e a decadência como causas de extinção do crédito tributário. Hoje, o entendimento do STJ é que, quanto ao crime tributário, considera-se que o pagamento do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da



punibilidade do acusado. Contudo, em decisão veiculada no informativo 579 do STJ, ficou entendido que a extinção do crédito tributário pela prescrição não influencia na ação penal por crime contra a ordem tributária, pois as esferas penal e tributária seriam independentes.

Ocorre que o pagamento de tributo prescrito possibilita a repetição do indébito que, na prática, torna inócua a vedação à extinção da punibilidade, no crime tributário, pela prescrição do crédito tributário

Essa situação favorece as seguintes reflexões: Pagamento do débito tributário, a qualquer tempo, extingue punibilidade do crime tributário? O pagamento de crédito tributário prescrito dá direito a repetição de indébito? O reconhecimento de prescrição tributária em execução fiscal é capaz de justificar o trancamento de ação penal?

O tema é abordado pela doutrina e pela jurisprudência e merece atenção, pois, por mais que sejam independentes as esferas penal e tributária, o ordenamento jurídico é único e deve ser observado como um sistema sob pena de se criar situações teratológicas e ineficientes.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito e natureza jurídica do instituto da prescrição tributária e uma breve contextualização da extinção da punibilidade do crime tributário pelo pagamento.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o crime tributário e a extinção da punibilidade pelo pagamento integral.

Segue-se, no segundo capítulo, mostrando a dinâmica da constituição do crédito tributário, sua relação com o crime tributário e a influência das formas de extinção do crédito sobre o crime tributário.

O terceiro capítulo trabalha a questão da extinção do crédito tributário pela prescrição, a sua vedação como forma de extinção da punibilidade em confronto com as outras formas de extinção de punibilidade.

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 CRIME TRIBUTÁRIO E A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO INTEGRAL

As sanções existentes em nosso ordenamento podem ser sanções penais, que são aquelas que reprimem condutas mais graves, atentatórias a valores mais caros à sociedade, também existem as sanções civis que, em regra, pretendem coibir aviltas de cunho menos severo, mas igualmente repreensíveis, geralmente tendo por escopo desfazer prejuízos.

Ainda, no rol das sanções, existem as sanções administrativas que tem nuances de tutela penal, destinando-se a valores menos relevantes do que os penalmente protegidos, cuja eleição de relevância é dada exclusivamente ao legislador, que dirá o que é penalmente relevante, e o que é apenas administrativamente relevante e quanto a severidade das sanções, as sanções administrativas são menos severas que as de cunho penal, limitando-se a penas pecuniárias e as restritivas de direito.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt¹:

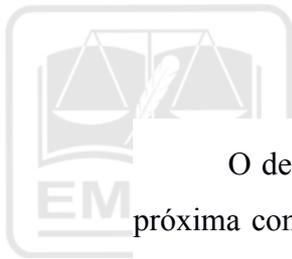
o Direito penal é a única instância de controle social formalizado que pode exercê-la através de meios coercitivos formais, isto é, através da imposição de pena ... suas normas se aplicam em último caso para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade.

Na relação jurídica tributária arrecadatória, há o sujeito passivo que é devedor tributário, e o fisco, como credor tributário, calcada no poder-dever estatal de tributar em que a infração tributária surge diante de um descumprimento da obrigação tributária principal ou acessória (art. 113 do CTN²). Assim, havendo um descumprimento de uma obrigação tributária principal ou acessória, surge, conseqüentemente, uma penalidade aplicável ao agente que em regra, será apenas administrativa, isto é, resume-se a prestação pecuniária ou, em alguns casos, as penas restritivas de direito.

Contudo, em alguns casos, o descumprimento é tão reprovável que haverá incidência da sanção penal. Nesses casos, além da pena pecuniária, será possível a restrição da liberdade do agente, ou seja, há infrações tributárias que, além de ensejarem sanções administrativas, também ensejaram uma sanção penal na medida em que configuram crimes contra a ordem tributária.

¹BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 203.

²BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: < [http:// www.planalto.gov.br/ ccivil_03 /LEIS/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm)>. Acesso em: 12 out. 2018.



O desenvolvimento dessa parte destacada do Direito Penal guarda uma relação muito próxima com a evolução que teve início na década de 30 do século passado, pelas mãos de Edwin Sutherland, quando cunhou a expressão “criminoso do colarinho branco”. Essa expressão é utilizada para designar um tipo de criminoso bem situado socialmente, cujas condutas normalmente se desenvolvem no âmbito profissional e envoltas em uma aparente licitude.

Os crimes tributários, assim como todos aqueles outros relacionados ao Direito Penal Econômico dependem, na abordagem da conduta típica, do exame de certas condições estabelecidas na legislação extrapenal, como exemplo, o sujeito passivo da obrigação tributária será o sujeito ativo do crime tributário ou o prazo de recolhimento do tributo será o momento consumativo do crime de sonegação.

Assim, uma vez ocorrido o fato gerador tributário, abre-se ao contribuinte três opções, quais sejam, pagar o tributo, ficar inerte ou ficando inerte, contudo, praticar fraude para se furta a pagar o tributo. Somente na terceira opção é que surge o crime tributário em sua concepção clássica, isto é, o inadimplemento associada a fraude para se esquivar da obrigação tributária.

Dessa forma, o mero inadimplemento não constitui crime tributário, sendo mero ilícito tributário, ou seja, é necessário, em regra, que haja o dolo de fraude para configurar o crime, regra que é excepcionada, por exemplo, no crime descrito no art. 168-A do CP³, uma vez que basta a mera conduta de não repasse para configurar o crime.

Os delitos tributários se apresentam sob a forma de norma penal em branco, na medida em que tributo é elemento normativo cuja compreensão depende da legislação tributária. Assim, da legislação tributária se colhe o contribuinte ou responsável tributário que será o sujeito ativo do crime, já o sujeito passivo, por outro lado, é o destinatário da exação além daquele que tenha a competência tributária e o objeto material do crime é o tributo que deixa de ser recolhido.

Quanto ao momento consumativo, sob o ponto de vista técnico, ele ocorre no momento em que o tributo deixa de ser recolhido, contudo, a jurisprudência, adota, à luz da

³BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

súmula vinculante 24⁴, que a consumação dos crimes materiais seria o lançamento definitivo do crédito tributário.

Em relação a tipicidade no crime tributário, esta é aferida sempre tendo em conta a legislação tributário. Contudo, a concessão de uma isenção para determinado período não tem o condão de provocar *abolitio criminis* para fatos anteriores dado o caráter temporal existente em torno de tais delitos.

A maioria dos doutrinadores entendem que a isenção não impede o nascimento da obrigação tributária, mas, tão-somente, impede o aparecimento do crédito tributário, que corresponderia a obrigação surgida. Na isenção, a obrigação tributária surge, mas a lei dispensa o pagamento do tributo. Dessa forma, a isenção é algo excepcional que se localiza no campo da incidência tributária em que houve o fato gerador do tributo, porém a lei determina que o contribuinte deixe de arcar com a respectiva obrigação tributária.

Primeira lei a definir o do delito de sonegação fiscal, Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965⁵, também disciplinou sobre a extinção de punibilidade em crimes tributários em razão da reparação do dano. No artigo 2º desta Lei, definia-se que, quando o agente recolhesse o tributo devido antes do início da ação fiscal na fase administrativa, este seria beneficiado com a extinção da punibilidade, ao dizer que “extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria”.

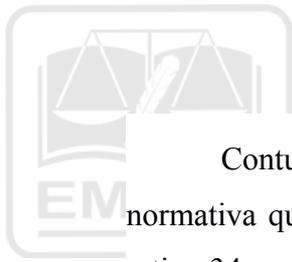
Posteriormente, o artigo 18 do Decreto-Lei nº 157, de 1967⁶, permitiu o alargar do prazo para pagamento, devido do tributo até depois à decisão da autoridade administrativa de primeira instância, para ter o agente direito à extinção da punição e, com o advento da Lei nº 8.137, de 1990⁷, o prazo para ocorrer à extinção da punibilidade pelo pagamento foi alargado até o recebimento da denúncia, permitindo o pagamento do tributo e seus acessórios.

⁴SV 24: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 24*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=24.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁵BRASIL. *Lei nº 4.729*, de 14 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4729.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁶BRASIL. *Decreto-Lei nº 157*, de 10 de fevereiro de 1967. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0157.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁷BRASIL. *Lei nº 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.



Contudo, a Lei nº 8.383 de 1991⁸ revogou ambos dispositivos e iniciou uma lacuna normativa que perdurou até 1995, quando por meio da Lei nº 9.249, de 1995⁹, que em seu artigo 34 praticamente reiterou o revogado artigo 14 da Lei nº 4.729, quando foi reintroduzida a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, desde que realizado até o recebimento da denúncia.

Em 2003, o legislador, editou a Lei nº 10.684¹⁰, lei esta, diferente das inúmeras legislações anteriores, não estabeleceu nenhum marco temporal para se efetuar o pagamento como forma de extinção da punibilidade, ou seja, realizado o pagamento antes ou depois da fase administrativa, da denúncia ou mesmo da sentença, o efeito da extinção da punibilidade resta configurado.

Em que pese, a Lei nº 10.684/2003 ter como principal finalidade o regime de parcelamento de débitos tributários, a regra contida no seu artigo 9º é considerada norma penal de incidência ampla, devendo ser aplicada a qualquer situação que vise adimplir tributos. Assim, hoje, entende-se que com a edição da Lei nº 10.684/03, não fixou-se um limite de tempo dentro do qual o pagamento da obrigação tributária e seus acessórios significaria a extinção da punibilidade do agente pela prática de sonegação fiscal, o que pacificou na jurisprudência dos tribunais superiores o entendimento de que o adimplemento poderia se dar tanto antes como depois do recebimento da denúncia.

Para o Ministro Jorge Mussi¹¹, o Poder Judiciário não pode “dizer o que a lei não diz”, ou seja, inserir um marco temporal onde não existe essa previsão. Para ele, a intenção do legislador ordinário foi ampliar as possibilidades de arrecadação, “deixando transparecer que, uma vez em dia com o fisco, o Estado não teria mais interesse em atribuir-lhe uma reprimenda corporal em razão da sonegação verificada”.

⁸BRASIL. Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8383.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁹BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9249.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

¹⁰BRASIL. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 362478 SP 2016/0182386-0, Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501159952/habeas-corporus-hc-362478-sp-2016-0182386-0/relatorio-e-voto-501159985?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 out. 2018.

2. A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO FISCAL E SUA EXTINÇÃO PELA PRESCRIÇÃO E PELA DECADÊNCIA

A obrigação Tributária é a relação jurídica entre o sujeito ativo (fisco) e o sujeito passivo (normalmente o contribuinte ou o responsável tributário). A partir do momento que é praticado o fato com subsunção à hipótese de incidência, nasce o fato gerador e concomitantemente a obrigação tributária, ou seja, o dever de pagar o tributo.

O lançamento identifica o sujeito passivo, fixa o quantum devido, impede a materialização da decadência que é o prazo de que dispõe a fazenda para promover o lançamento, art.156, V CTN¹².

Com a constituição definitiva do crédito, a fazenda já pode inscrever o crédito em dívida ativa e constituir o título executivo extrajudicial, a CDA (certidão de dívida ativa), com a qual poderá instruir a ação de cobrança (ação de execução fiscal). Com a CDA o crédito se transmuta de exigível para exequível.

Nas palavras de Eduardo Sabbag¹³:

o crédito tributário representa o memento de exigibilidade da relação jurídico-tributária. Seu nascimento ocorre com o lançamento tributário (art. 142 do CTN), o que nos permite defini-lo como uma obrigação tributária "lançada" ou, com maior rigor terminológico, obrigação tributária em estado ativo.

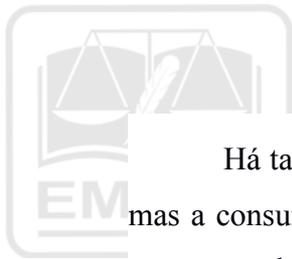
Assim, como já dito, é após o lançamento que se abre ao contribuinte a opção de praticar fraude para se furtar a pagar o tributo, surge-se assim o crime tributário material, ou seja, o inadimplemento associado a fraude para se esquivar da obrigação tributária.

Dessa forma, para os crimes tributários materiais, o mero inadimplemento não constitui crime tributário, sendo mero ilícito tributário, ou seja, é necessário, em regra, que haja o dolo de fraude para configurar o crime tributário material.

Os crimes tributários podem ser material (ou de resultado), pois sua consumação se dá quando, através das condutas descritas nos tipos, o agente efetivamente suprime ou reduz tributo ou contribuição ou qualquer acessório, ou seja, é fundamental a ocorrência do resultado previsto no tipo, no caso, a redução ou supressão do tributo para a consumação do crime.

¹²BRASIL, op. cit., nota 2

¹³SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 819



Há também o crime formal, ou seja, o tipo prevê a conduta e o resultado naturalístico, mas a consumação se configura quando o agente pratica a referida conduta descrita no tipo, sem, contudo, a necessidade da ocorrência do resultado.

Assim, como antes da constituição definitiva do crédito tributário ainda não existe crime tributário material, somente com o lançamento definitivo é que se inicia a contagem do prazo de prescrição penal. Dessa forma, a fluência do prazo prescricional dos crimes materiais contra a ordem tributária, somente tem início após a constituição do crédito tributário, o que se dá com o encerramento do procedimento administrativo fiscal e o lançamento definitivo.

A decadência, prescrita no art. 156, v do CTN¹⁴, dispõem sobre a perda do direito da Fazenda constituir o crédito tributário por meio do lançamento, uma vez que o decurso do prazo decadencial leva à perda de direito material, ou seja, a decadência é o instituto de direito material que demarca o fim do prazo para se constituir o crédito tributário, é o lapso entre o fato gerador e o lançamento, de tal modo que o não lançamento dentro do prazo decadencial extingue o crédito.

Em complemento, impõe o caput do artigo 173 do CTN¹⁵ que o prazo decadencial para constituição do crédito tributário será de 5 anos - “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos”, cujo termo inicial de contagem do prazo decadência, há que se levar em conta o tipo de lançamento, uma vez que, a depender do tipo em análise, haverá alteração da regra do início da contagem do prazo.

Nos casos de lançamento de ofício e por declaração (hipóteses em que depende da Fazenda agir), tem-se por regra que o prazo será iniciado no primeiro dia do exercício seguinte àquele de que o lançamento poderia ser efetuado. Logo, independentemente da data da ocorrência do fato gerador, a contagem do prazo decadencial se inicia no primeiro dia útil do ano seguinte.

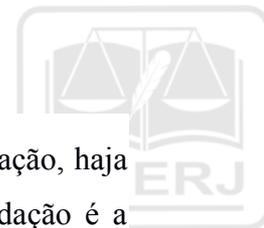
Já nos tributos cujo lançamento é feito por homologação, modalidade em que depende de o contribuinte agir, temos que, nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN¹⁶, o prazo decadencial será de 5 anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Contudo, cabe lembrar que, nos tributos que a lei atribui ao sujeito passivo o dever de proceder ao lançamento, caso o contribuinte não cumpra tal dever, caberá ao Fisco proceder ao lançamento de ofício, no prazo de 5 anos.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 2

¹⁵Ibid.

¹⁶Ibid.



Quanto ao bem tutelado pelo direito penal tributário, a principal é a arrecadação, haja vista sua perspectiva social e não mais meramente patrimonialista, pois a arrecadação é a fonte secundária de maior destaque para manutenção do Estado. Tanto assim que os delitos tributários, quase sempre, indicam, de forma direta ou transversa, as condutas “suprimir ou reduzir” o pagamento de tributo.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento que, para que reste caracterizada a existência dos crimes tributários materiais, é necessário o exaurimento da via administrativa para formação do crédito tributário, entendimento que hoje é sumulado de forma vinculante no enunciado 24 - “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Com isso, entende-se que a decadência é causa impeditiva da propositura e manutenção da ação penal para os crimes tributários materiais, pois há a impossibilidade de se exigir o cumprimento do suposto crédito tributário, que inclusive sequer chegou a ser constituído.

Nesse sentido aresto prolatado no REsp nº 789506 / CE¹⁷, que trata do tema:

os crimes definidos no art. 1.º, da Lei n.º 8.137/1990, a teor do entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, são materiais ou de resultado, somente se consumando com o lançamento definitivo do crédito fiscal. 2. Nesse contexto, decaindo a administração fiscal do direito de lançar o crédito tributário, em razão da decadência do direito de exigir o pagamento do tributo, tem-se que, na hipótese, inexistente justa causa para o oferecimento da ação penal, em razão da impossibilidade de se demonstrar a consumação do crime de sonegação tributária.

Já quanto à prescrição, essa é a perda da possibilidade de se buscar, judicialmente, a satisfação do crédito inadimplido em que o art. 174 do CTN¹⁸ prevê o prazo prescricional de 5 anos, contados da data da sua constituição definitiva que será trinta dias após o lançamento, nos casos em que o contribuinte deixe de apresentar impugnação administrativa ou da data em que o contribuinte for notificado da decisão definitiva do processo administrativo nos casos em que o contribuinte apresente impugnação administrativa.

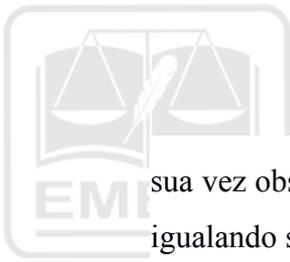
De forma peculiar, a prescrição prevista no art. 174, do CTN¹⁹, gera o efeito extintivo do crédito tributário, conforme se verifica no art. 156, V, do mesmo diploma legal²⁰, que por

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 789506 CE 2005/0163809-8*, Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7160479/recurso-especial-resp-789506-ce-2005-0163809-8/inteiro-teor-12882681>>. Acesso em: 14 out. 2018.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 2

¹⁹Ibid.

²⁰Ibid.



sua vez obsta a Administração Fazendária de exigir o pagamento do tributo, crédito tributário, igualando seu efeito ao da decadência.

Contudo, a decadência é a perda do direito que tem a Fazenda Pública para constituir o crédito tributário, perda do direito material, enquanto a prescrição é a perda do prazo para cobrar, execução fiscal, o crédito e a decadência significa que o lançamento não foi realizado enquanto a prescrição pressupõe que o lançamento tenha sido realizado.

Nas palavras de Eduardo Sabbag²¹:

a decadência e a prescrição são causas que extinguem o crédito tributário, conforme a literalidade do CTN. Com efeito, extinto estará o crédito tributário se o Fisco deixar de realizar o lançamento dentro do prazo que lhe é ofertado pela lei (decadência), ou deixar de propor a execução fiscal em prazo que também lhe é oponível (prescrição).

3. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO E O CRIME TRIBUTÁRIO

Em decisão veiculada no Informativo nº 579²², o STJ posicionou-se quanto a extinção do crédito tributário pela prescrição não influenciar na ação penal por crime contra a ordem tributária, ou seja, o reconhecimento de prescrição tributária em execução fiscal não seria capaz de justificar o trancamento de ação penal referente aos crimes materiais contra a ordem tributária, ou seja, para o STJ, basta a constituição regular e definitiva do crédito tributário para tipificar as condutas tipo, não influenciando, para fins penais, o fato de ter sido reconhecida a prescrição tributária.

Nesse sentido o voto do Ministro Nefi Cordeiro²³:

na hipótese dos autos, caso extinto o crédito tributário pela prescrição, o paciente encontra-se desonerado do débito fiscal; contudo, não pode obter os benefícios da extinção ou suspensão da punibilidade, pois os requisitos legalmente estabelecidos para a obtenção da benesse não foram sequer cumpridos; destacando-se, nessa senda, os atinentes à prescrição penal.

Segundo o STF, o crime tributário material somente se consuma quando houver a constituição definitiva do crédito tributário, nos termos da SV 24-STF²⁴: “Não se tipifica

²¹SABBAG, op. cit., p. 948

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo 579*. Disponível em: < [https:// ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/ externo/ informativo/](https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/)>. Acesso em: 14 out. 2018.

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 67.771/MG*, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <[http:// www.stj.jus.br/ SCON/ jurisprudencia/ doc.jsp? livre=%28 %22 NEFI+ CORDEIRO% 22 %29. MIN.& data= %40 DTDE+%3 E%3 D+ 20160310 +E + % 40 DTDE + % 3C% 3D +20160310 &b= ACOR&p =true&t= JURIDICO &l=10&i=27](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22NEFI+CORDEIRO%22%29.MIN.&data=%40DTDE+%3E%3D+20160310+E+%40DTDE+%3C%3D+20160310&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=27)>. Acesso em: 12 out. 2018.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 24*. Disponível em: < [http:// www.stf.jus.br/ portal/](http://www.stf.jus.br/portal/)

crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90²⁵, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Dessa forma, segundo o STJ, as esferas penal e tributária são independentes e o fato de ter escoado o prazo para a cobrança do crédito tributário em razão da prescrição, não significaria que o crime tributário não tenha se consumado, ao contrário, a prescrição no direito tributário só ocorre após a constituição do crédito tributário.

Uma vez regular e definitivamente constituído o crédito tributário, sua eventual extinção na esfera tributária, pela prescrição (art. 156 do CTN²⁶), não afetaria o *jus puniendi* estatal, que restaria ileso diante da prescrição para a ação de cobrança do referido crédito (art. 174 do CTN²⁷).

Dessa forma, as instâncias administrativo tributária, cível e penal seriam independentes, o que significaria que a extinção do crédito tributário pela prescrição não implica, a extinção da punibilidade do agente.

Contudo, cabe demonstrar que é uma forma de extinção da punibilidade dos crimes de natureza fiscal, a prescrição tributária prevista no art. 174, do Código Tributário Nacional, cujos efeitos residem no art. 156, V, do mesmo diploma legal, pois diferentemente do que ocorre com a prescrição no Direito Civil, que fulmina apenas o direito de ação, mas permanecendo o direito material, no Direito Tributário o referido instituto, prescrição, tem um alcance duplo, ou seja, atinge tanto o direito de ação, quanto também é causa de extinção do crédito tributário.

Dessa forma, o fato da Administração Fazendária quedar-se inerte na perseguição do crédito tributário pela via da ação executiva, deixando que se opere o instituto da prescrição, por si só, é causa a justificar a extinção da punibilidade dos crimes tributários materiais, pois a impossibilidade de se exercer a cobrança judicial forçada, extingue a relação jurídica existente, ou seja, no direito tributário a prescrição extingue o próprio crédito, conforme regra do art. 156, V, do CTN²⁸ (relação material tributária) e, com isso, resta extinta a própria obrigação tributária (art.113, § 1.º, do CTN).

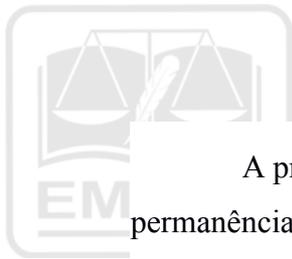
jurisprudencia/ listar Jurisprudencia.asp? s1=24. NUME. % 20E % 20S. FLSV.& base = base Sumulas Vinculantes >. Acesso em: 14 out. 2018.

²⁵BRASIL. *Lei nº 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm >. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 2

²⁷Ibid.

²⁸Ibid



A prescrição procura realizar o princípio da segurança jurídica, pois não é razoável a permanência das relações jurídicas por tempo indeterminado. Para isso, a lei prevê a extinção das relações jurídicas pelo decurso do tempo e nessa esteira a prescrição extingue a relação jurídica tributária após a formalização do lançamento.

Nas palavras de Eduardo Sabbag²⁹:

havendo a prescrição, nula será a ação executiva (art. 618, I, CPC [atual art. 803, I, NCPC]) e extinto estará o crédito tributário (art. 156, V, CTN). Sabe-se que tal inciso associa a extinção do crédito tributário, concomitantemente, à prescrição e à decadência. A prescrição, de modo indubitado, extingue o crédito tributário, surgido com o lançamento.

Dessa forma, a prescrição é o fato jurídico que determina a perda do direito subjetivo de ação de execução pelo Fisco do valor do tributo e assim, ocorrendo a prescrição, o direito de buscar a intervenção do Poder Judiciário desaparece, pois ausente a capacidade defensiva, uma vez que foi perdido pelo esgotamento do lapso temporal e, ocorrendo a prescrição, nula será a ação executiva e o crédito tributário será extinto.

É preciso pontuar que, como mostrado anteriormente, é entendimento já consolidado na jurisprudência, que o adimplemento do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado, pois com a edição da Lei nº 10.684/03³⁰, não foi fixado um limite temporal dentro do qual o pagamento da obrigação tributária e seus acessórios significaria a extinção da punibilidade do agente pela prática de sonegação fiscal e embora tenha se instaurado dúvida acerca do alcance dessa norma, pacificou-se na jurisprudência dos tribunais superiores o entendimento de que o adimplemento poderia se dar tanto antes como depois do recebimento da denúncia.

Ora, veja-se, o pagamento de crédito tributário extinto, como no caso de pagamento de crédito prescrito, é causa de enriquecimento sem causa, pois não existe previsão legal para que a Administração Fazendária receba crédito inexistente uma vez que na sistemática civil inaugurada em 2003, o enriquecimento sem causa foi incluído, de forma expressa e inovadora, entre os atos unilaterais e como fonte de obrigação, por meio dos arts. 884 e 885 do Código Civil³¹.

²⁹SABBAG, op. cit., p. 864.

³⁰BRASIL. *Lei nº 10.684*, de 30 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

³¹BRASIL. *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: 14 out. 2018.

Com isso, uma vez extinto, à luz do artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional, o crédito tributário deixou de existir e seu posterior pagamento é indevido e, caso feito, traz ao contribuinte o direito à restituição, nos termos do artigo 165, inciso I, do CTN³².

Conforme assevera Eduardo Sabbag³³:

a prescrição, de igual modo, gera o direito à restituição, embora haja vozes no sentido de que, na prescrição, extinto estaria apenas o direito de ação, sobrevivendo o direito material de que era titular o sujeito pretensor. Parece-nos que a melhor solução está na garantia da restituição tanto para aquele que paga crédito decaído quanto para aquele que procede ao pagamento de crédito prescrito.

Dessa forma, a manutenção da ação penal com intuito de reaver crédito já extinto pelo instituto da prescrição tributária, é conduta inócua, pois, basta que o acusado adimpla o débito tributário, a qualquer tempo, até após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória em que terá extinta sua punibilidade e ato contínuo, peça repetição de indébito, uma vez que pagou crédito tributário extinto.

Assim, quedando-se inerte a Administração Fazendária a ponto de fazer com que se opere a prescrição tributária e a extinção do suposto crédito tributário, existindo ação penal em curso para apuração da prática de crime material tributário, deve-se extinguir o feito com fulcro nas disposições do art. 61³⁴, do Código de Processo Penal, pois não mais existiu crédito a ser tutelado pelo direito penal tributário, além do fato de ser também a prescrição, uma das causas de extinção do crédito tributário, elencadas nos incisos do art. 156, do Código Tributário Nacional³⁵, o que leva a vedação da cobrança do contribuinte o que não mais existe.

CONCLUSÃO

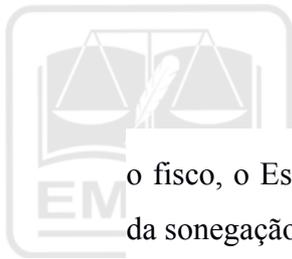
Conforme se observou ao longo do trabalho, a figura da prescrição tributária, em que pese atual entendimento do STJ, tem sim influência sobre a pretensão punitiva do Estado sobre o sujeito ativo dos crimes tributários materiais, pois a intenção do legislador ordinário quando possibilitou a extinção da punibilidade de tais crimes pelo pagamento integral da dívida, teve por intuito ampliar as possibilidades de arrecadação, ou seja, uma vez em dia com

³²BRASIL, op. cit., nota 2

³³SABBAG, op. cit., p. 846.

³⁴Art. 61 CPP: "Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício." BRASIL. *Lei n.º 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 2



o fisco, o Estado não teria mais interesse em atribuir-lhe uma reprimenda corporal em razão da sonegação verificada”.

Dessa forma, tendo-se em conta o fundamento na segurança jurídica e no fato de que toda obrigação deve ser transitória, a prescrição tributária é forma de extinção das obrigações tributárias e que o pagamento feito após o seu prazo gera direito à restituição que leva a uma conclusão lógica de sua natureza jurídica de excludente de punibilidade nos crimes tributários materiais, pois quedando-se inerte a Administração Fazendária a ponto de fazer com que se opere a prescrição tributária e a extinção do crédito tributário, não mais existi crédito a ser tutelado pelo direito penal tributário, e, caso a persecução penal persista, pode levar a uma situação teratológica, haja vista que basta o agente pagar a dívida para extinguir a punibilidade e, após isso, pedir a repetição do que pagou, uma vez que pagou dívida extinta pela prescrição que é causa de enriquecimento sem causa, pois não existe previsão legal para que a Administração Fazendária receba crédito inexistente.

Dessa forma, esse trabalho seguiu uma linha de raciocínio lógico, substanciando-se em decisões judiciais e posicionamentos doutrinários que vêm enfatizam sua conclusão, não se deixou de observar os parâmetros legais e constitucionais capazes de abalizar esse entendimento. Com isso, conclui-se que, além de possível, é necessário, a título de economia processual, a exclusão da punibilidade nos crimes tributários materiais pela prescrição do crédito tributário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 789506 CE 2005/0163809-8*, Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7160479/recurso-especial-resp-789506-ce-2005-0163809-8/inteiro-teor-12882681>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 362478 SP 2016/0182386-0*, Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501159952/habeas-corpus-hc-362478-sp-2016-0182386-0/relatorio-e-voto-501159985?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 67.771/MG*, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22NEFI+CORDEIRO%22%29.MIN.&data=%40DTDE+%3E%3D+20160310+E+>>

[%40DTDE+%3C%3D+20160310&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=27>](#). Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n° 579*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n° 24*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=24>>. NÚMERO 20 E 20S. FLSV. &base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. *Lei n° 10.684*, de 30 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. *Decreto-Lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. *Lei n° 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

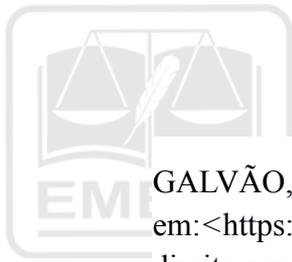
_____. *Lei n° 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. *Lei n° 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. *Lei n° 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOZZA, Fábio da Silva. *As dimensões da expansão do Direito Penal*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/as-dimensoes-da-expansao-do-direito-penal/>> Acesso em: 06 set. 2018.



GALVÃO, Maria Manuela. *Os crimes tributários e o Direito Penal simbólico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-09/manuela-galvao-crimes-tributarios-direito-penal-simbolico>> Acesso em: 06 set. 2018.

GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *Inovações no direito penal econômico*. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/inovacoes-no-direito-penal-economico-contribuicoes-criminologicas-politico-criminais-e-dogmaticas/@@download/arquivo/Inova%C3%A7%C3%B5es%20no%20Direito%20Penal%20Econ%C3%B4mico.pdf>> Acesso em: 07 set. 2018.

YANES JÚNIOR, Luiz Carlos Dias. *A extinção do crédito tributário pela prescrição NÃO influencia na ação penal por crime contra a ordem tributária*. Disponível em: <<https://luizcyanes.jusbrasil.com.br/noticias/339495805/a-extincao-do-credito-tributario-pela-prescricao-nao-influencia-na-acao-penal-por-crime-contra-a-ordem-tributaria>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

LOPES, Hálisson Rodrigo. *A extinção da punibilidade dos crimes tributários*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9778> Acesso em: 06 set. 2018.

SANCHES CUNHA, Rogério *STJ: Pagamento a qualquer tempo extingue punibilidade do crime tributário*. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/10/06/stj-pagamento-qualquer-tempo-extingue-punibilidade-crime-tributario/>>. Acesso em: 05 set. 2018.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. *Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”*. notas sobre a política criminal no início do século XXI. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=84#_ftnref71> Acesso em: 06 set. 2018.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OS REFLEXOS NA SOCIEDADE DIANTE DA PARTILHA DE QUOTAS SOCIAIS DECORRENTE DA EXTINÇÃO DE VÍNCULO CONJUGAL NOS CASAMENTOS REGIDOS PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Paulo Maurício de Souza dos Santos

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado. Pós-graduado em Direito Civil e
Processo Civil pela Universidade Estácio de
Sá.

Resumo - O casamento acarreta consequências tanto em relação à pessoa dos cônjuges, quanto ao seu patrimônio. Sempre gerou controvérsia em diversos aspectos, a definição dos critérios para efetivação da divisão das quotas de sociedade empresária constituída entre os cônjuges ou com terceiro, no momento da partilha de bens. Todavia, deve-se analisar qual a posição jurídica do ex-cônjuge perante a sociedade empresária quando efetivada a partilha de bens. A essência deste trabalho é demonstrar quais os direitos inerentes ao titular de quotas sociais poderão o ex-cônjuge exercer perante a sociedade empresária, em especial momento para requerer eventual a apuração de haveres, à luz do atual Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Direito de Família. Direito empresarial. Partilha de Quotas Sociais.

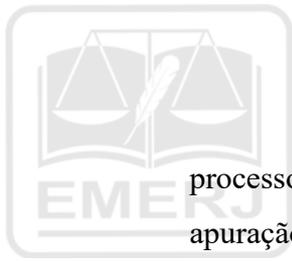
Sumário – Introdução. 1. Qual a posição jurídica do ex-cônjuge do sócio em relação à sociedade diante da partilha de cotas sociais decorrente da extinção de vínculo conjugal? 2. Quais os direitos do ex-cônjuge não sócio perante a sociedade empresária? 3. Com a entrada em vigor do código de processo civil de 2015, em que momento o ex-cônjuge não sócio poderá requerer a apuração de haveres e a dissolução parcial da sociedade? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Versa o presente trabalho sobre os direitos do ex-cônjuge não sócio, casado pelo regime da comunhão parcial de bens perante a sociedade empresária em relação às quotas sociais adquiridas após a efetivação da partilha de bens.

Sempre gerou controvérsia em diversos aspectos, a definição da posição do ex-cônjuge do sócio em relação à sociedade diante da partilha de cotas sociais decorrente da extinção de vínculo conjugal.

É diante das seguintes questões norteadoras que o trabalho será desenvolvido: qual a posição jurídica do ex-cônjuge do sócio em relação à sociedade diante da partilha de cotas sociais decorrente da extinção de vínculo conjugal? Quais os direitos do ex-cônjuge não sócio perante a sociedade empresária? Com a entrada em vigor do código de



processo civil de 2015, em que momento o ex-cônjuge não sócio poderá requerer a apuração de haveres e a dissolução parcial da sociedade?

Para tanto, aborda-se análise dos critérios objetivos utilizados pela doutrina e jurisprudência na divisão das quotas sociais de sociedade empresaria na dissolução de casamento regido pelo regime da comunhão parcial de bens, passando também pela definição da norma jurídica a ser observada pelo julgador no momento da efetivação da partilha, tendo em vista o antagonismo entre as normas de direito de empresarial e de processo civil.

No primeiro capítulo, pretende-se abordar como doutrina e jurisprudência tratam o ex-cônjuge perante a sociedade empresária quando efetivada a partilha de bens, no que se refere às quotas sociais.

Segue-se ponderando no segundo capítulo quais os direitos poderão o ex-cônjuge não sócio exercer perante a sociedade empresária.

Por fim, no terceiro capítulo destina-se a examinar diante do novo Código de Processo Civil, em que momento o ex-cônjuge não sócio poderá requerer a apuração de haveres.

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

1. QUAL A POSIÇÃO JURÍDICA DO EX-CÔNJUGE DO SÓCIO EM RELAÇÃO À SOCIEDADE DIANTE DA PARTILHA DE COTAS SOCIAIS DECORRENTE DA EXTINÇÃO DE VÍNCULO CONJUGAL

O presente trabalho analisará tão somente os direitos e deveres do ex-cônjuge à luz do regime da comunhão parcial de bens. Sempre gerou controvérsia em diversos aspectos, a definição da posição do ex-cônjuge do sócio em relação à sociedade diante da partilha de cotas sociais decorrente da extinção de vínculo conjugal.

O regime da comunhão parcial de bens foi escolhido pelo legislador como regime supletivo de vontade, assim, não havendo pacto antenupcial, adota-se este regime como regra, salvo as hipóteses do art. 1.641 do Código Civil.¹

Este regime traz em si, um componente ético entre os cônjuges no sentido de que o que foi adquirido será de propriedade exclusiva de cada cônjuge e o que for adquirido após o casamento pertencerá a ambos.²

Por este regime tudo que for adquirido durante a vida conjugal será considerado a questo, estabelecendo uma comunhão dos bens adquiridos a título oneroso, durante a convivência.³

Trata-se de uma presunção *juris et de jure* de que ambos os cônjuges colaboraram de forma conjunta para aquisição onerosa dos bens amealhados durante a vida conjugal. Presume-se de forma absoluta que um esposo auxiliou o outro na aquisição de bens, não apenas economicamente, mas também psicologicamente e moralmente.⁴

O artigo 1.658, do Código Civil estabelece que pelo “no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevieram ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”. O próprio legislador elencou no art. 1.659 os bens excluídos deste regime⁵.

Podemos definir o regime de comunhão parcial de bens como aquele em que há, em regra, a comunicabilidade dos bens adquiridos a título oneroso na constância do matrimônio, por um ou ambos os cônjuges, preservando-se, assim, como patrimônio pessoal e exclusivo de cada um, os bens adquiridos por causa anterior ou recebidos a título gratuito a qualquer tempo. Genericamente, é como se houvesse uma “separação do passado” e uma “comunhão do futuro” em face daquilo que o casal, por seu esforço conjunto, ajudou a amealhar.⁶

Sendo assim, a constituição de uma sociedade empresária durante a vida conjugal por um dos sócios, ou caso este venha a ingressar em uma sociedade já

¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 mar 2016.

² FRIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Famílias*, 4. ed. v. 6, Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2012, p.377.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. São Paulo: RT, 2017, p.218.

⁴ FRIAS, ROSENVALD, op.cit., p. 377

⁵BRASIL. Op. Cit., nota 1.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.210/1.211.



constituída; as cotas sociais integram o patrimônio do casal e deverão ser objeto de partilha após a extinção do casamento. Nesse sentido:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C PARTILHA DE BENS. [...] Partilha de bens que desafia reforma para fins de incluir percentual de cotas da empresa adquiridas na constância do casamento e para reformular a divisão dos bens comuns do ex-casal. APELAÇÕES A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.⁷

Com efeito, sendo a sociedade constituída durante a vida conjugal ou tendo um dos conviventes ingressado na sociedade durante o casamento, o ex-cônjuge terá direito a metade das quotas da sociedade pertencentes ao sócio, quando da dissolução do casamento.

Aí, talvez, resida o maior e mais difícil esforço de interpretação para resolver a problemática criada quando um casal dissolve a sociedade conjugal e há necessidade de partilhar quotas de uma sociedade limitada, registradas apenas em nome de um dos cônjuges, o detentor do status socio. O cônjuge não sócio, com a adjudicação das quotas, adquire o status socio? Quais são seus direitos perante o ex-consorte e a sociedade? Como fará para exercitá-los?⁸

Entretanto, o ex-cônjuge não se tornará sócio da sociedade, possuindo apenas uma sub-sociedade com o sócio (ex-cônjuge). Por esse motivo, o ex-cônjuge não poderá exercer os mesmos direitos dos sócios perante a sociedade, o que podemos extrair da norma do artigo 1027 do Código Civil, que: “Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade”.

Estabelecida esta premissa, não tem o ex-cônjuge direito de exigir a alteração contratual da sociedade empresária, exatamente por não ostentar a condição de sócio, como bem esclareceu Advogada Michelle Oliveira da Silva Guerra no parecer 105/11 perante a Procuradoria Jurídica da Junta Comercial do Estado de Santa Catarina – JUCESC, nos autos do Processo 11/139178-4:

Não obstante isso, entendo que não assiste razão ao recorrente quando alega que a sentença que homologou o acordo de separação conferiu-lhe a condição de sócio da empresa Plasticom. É fato incontroverso ter o casal se separado

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível. n.º 0009206-50.2016.8.19.0203*. Relator: Desembargador Fernando Fernandy Fernandes. -. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br>>. Acesso em 10 set 2018.

⁸ LEAL, Murilo Zanetti. *A transferência involuntária de quotas na sociedade limitada*. São Paulo: RT, 2002, p. 46/47.



judicialmente, com partilha, em partes iguais, das quotas sociais da sociedade da qual a esposa é sócia. No entanto, o Código Civil freia a pretensão dos sucessores do cônjuge sócio falecido ou separado judicial ou extrajudicialmente, de exigirem a parte que lhes couber na quota social, ficando diferido este direito para um momento posterior, podendo perceber a divisão periódica dos lucros, até a liquidação da sociedade, de modo a manter incólume o patrimônio da sociedade e barrando o ingresso de estranhos sem nenhuma *affectio societatis*.⁹

A partilha de bens não autoriza a divisão das quotas sociais, muito menos a alteração do contrato social para a inclusão do ex-cônjuge como sócio, sem a autorização dos demais titulares. Entretanto, o ex-cônjuge passa a ter direito ao valor patrimonial das quotas pertencentes ao sócio divorciado, o que não significa que se tornará sócio da sociedade:

Evita-se a entrada do cônjuge na sociedade, para resguardar a *affectio societatis*, mas garante-se a ele o exercício de dois direitos patrimoniais, quais sejam, a participação nos lucros e a participação no acervo social, ficando este diferido apenas para o momento de liquidação da sociedade. Os demais direitos inerentes à quota, como direito de voto, permanecerão na pessoa do sócio originário, pois o cônjuge não ode exercer os poderes políticos das quotas, na condição de terceiro estranho à sociedade.¹⁰

Seria bastante contraditório que o ex-casal apesar de divorciados passassem a ser sócios de uma empresa, estabelecendo assim um novo vínculo relacional. Ademais no momento da constituição da sociedade, a escolha dos sócios leva-se em consideração o caráter contratual *intuitu personae*, não fazendo parte o ex-conjuge não sócio, o que vulnera o princípio do *affectio societatis*, essencial para constituição e manutenção da sociedade.¹¹

Destarte, o ex-cônjuge em regra não se tornará sócio, salvo se o contrato social autorizar o ingresso de terceiros em caso de dissolução da sociedade conjugal, separação ou meação de patrimônio. Tirando está situação excepcional, o ex-cônjuge formará uma "subsociedade" ou "sociedade interna" em relação a sua meação.

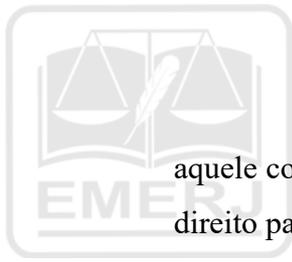
Em observância à norma do art. 1.027 do Código Civil¹², respeitando o *affectio societatis* e a função social da empresa, a sociedade continuará a ser representada por

⁹GUERRA. Michelle Oliveira da Silva. *Parecer 105/2011*. Disponível em <Guerrhttp://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/8/art20170823-04.pdf> acesso em 15 abr 2018.

¹⁰ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*, 9. ed. São Paulo, Saraiva Educação, p. 342

¹¹. NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16.ed., Rio de Janeiro: RT, 2016, nota 10 art. 600, p. 529.

¹² BRASIL. op. cit., nota 1



aquele consorte que integra o quadro social, pois, embora, as quotas sociais representem direito patrimonial e integrem, em princípio, a comunhão, não confere o status de sócio.

Com efeito, o ex-cônjuge não se torna sócio, sendo somente titular do valor patrimonial decorrente das quotas que pertencem ao ex-cônjuge.

2. QUAIS OS DIREITOS DO EX-CÔNJUGE NÃO SÓCIO PERANTE A SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A aquisição das quotas sociais, por força da partilha de bens, configura, na verdade, um negócio jurídico, e se opera *res inter alios acta*, ou seja, aquilo que é ajustado entre eles, a outros não prejudica, nem aproveita a terceiros. Em outras palavras não produzirá qualquer efeito referente à sociedade.

Por conseguinte, o fato de o cônjuge não sócio no momento de a partilha ter sido contemplado com parte das quotas sociais, não implica sua inserção no quadro da referida pessoa jurídica, porquanto, o seu direito à meação, não se confunde com a participação societária. Consoante afirmado no capítulo anterior, o cônjuge não sócio não adquire a condição de sócio quotista da sociedade.

Destarte, não ostentando a condição de sócio da empresa a participação do ex-cônjuge na sociedade é limitada, não podendo participar das assembleias ou interferir na administração da sociedade, uma vez que, admitindo-se a copropriedade das quotas, em consequência da partilha, somente o sócio titular poderá exercer os direitos de sócio quotista.

Isso porque, perante a sociedade, o condomínio das quotas é irrelevante, podendo exercer os direitos e obrigações peculiares de sócio somente aquele que consta do contrato social.

Salvo os eventuais direitos patrimoniais contra a sociedade de participação nos lucros e no acervo social em caso de liquidação da sociedade, o ex-cônjuge não sócio não poderá exercer os direitos pessoais inerentes ao sócio como de fiscalizar a gestão dos negócios sociais e de participar, direta ou indiretamente, da administração da sociedade.¹³

Com efeito, o fato de o ex-cônjuge ter direito a meação das quotas sociais da sociedade não o autoriza a requerer a apresentação de contas contra a sociedade empresária.

¹³TOMAZETTE, op. cit., p. 342

O Tribunal de justiça do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação Cível¹⁴ n. 0036344-94.2008.8.19.0001, deu provimento ao recurso para afastar a obrigação da sociedade empresária de prestar conta ao ex-cônjuge, exatamente por não ostentar o status de sócio, não podendo assim exercer qualquer direito pessoal assegurado aos sócios.

No caso em tela a 16ª Câmara Cível reformou a sentença de primeiro grau que na vigência do CPC de 1973, reconheceu a legitimidade ativa da ex-cônjuge e o dever da sociedade empresária de lhe prestar contas, após ter recebido 50% (cinquenta por cento) das ações, efetivada através do formal de partilha, extraído da ação de inventário.

Entendeu a Egrégia Câmara que a ex-cônjuge não ingressou nos quadros das referidas pessoas jurídicas, porquanto, o seu direito à meação, não confundiria com a condição de sócia da sociedade com direitos e obrigações. Entretanto, deve ser ressaltar que o STJ¹⁵ admitiu a quebra do sigilo fiscal e contábil de sociedade empresária para que fosse apurado o valor das quotas sociais as quais seriam objeto de ação de partilha de bens:

MANDADO DE SEGURANÇA REQUERIDO POR SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA, NA QUALIDADE DE TERCEIRO PREJUDICADO, VISANDO A CASSAR DECISÃO QUE, EM MEDIDA LIMINAR, DETERMINOU A VERIFICAÇÃO CONTÁBIL DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS DA IMPETRANTE.- EXAME CONTABIL QUE TEM ASSENTO NO ART. 382 DO CPC, CUJO OBJETIVO É A SEGURANÇA DA PARTILHA DE BENS DECORRENTE DA DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL. LEGALIDADE DA MEDIDA. - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Assim, prevalece o entendimento jurisprudencial no sentido de que o ex-cônjuge não sócio não tem direito a exigir a apresentação de contas em relação a sociedade empresária, podendo fazê-lo somente em relação ao sócio quotista, com quem divide a copropriedade das quotas.

Tem direito o ex-cônjuge ao lucro da sociedade empresária eventualmente existente, que diferentemente do *pró-labore*, não tem periodicidade fixa e pode não ocorrer, caso o negócio obtenha prejuízo:

No entanto, quando a participação social é somente de um dos cônjuges ou companheiros, o outro faz jus, a título de frutos de bem particular (CC 1.660, V), à metade dos dividendos a que tem direito o sócio, e que não foram

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 0036344-94.2008.8.19.0001*, 16ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Mauro Dickstein. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br>> acesso em: 10 set. 2018.

¹⁵ BRASIL. STJ, *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 2618/SP*, Relator: Ministro Antônio Torreão Braz, Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 set 2018.



percebidos durante o período da vida em comum. Mas o não sócio não pode exigir, desde logo, a parte que lhe couber na quota social, concorrendo somente com a divisão periódica dos lucros até a dissolução da sociedade (CC 1.027).¹⁶

A distribuição de lucros é um direito dos sócios por serem donos do capital social aportado nele, por esse motivo extensível ao ex-cônjuge não sócio, que na condição de coproprietário das quotas sociais, possui direito de exigí-lo. Entretanto, não terá direito a pró-labore, uma vez que, esse é devido somente aos sócios que se dedicam ao trabalho na gerência da empresa.

O ex-cônjuge não sócio somente fará jus aos dividendos efetivamente distribuído pela sociedade empresária. Isso significa que, se essa optar pela retenção do lucro com o objetivo de se capitalizar, ou seja, tornar o seu capital próprio maior, melhorar sua estrutura de capitais e financiar seu crescimento com recursos próprios, o ex-cônjuge não poderá exigí-lo.¹⁷

Isso ocorre porque, não sendo distribuído o lucro aos sócios, não haverá acréscimo patrimonial, por consequência o lucro não distribuído não deve integrar o acervo comum do casal, pois pertence à sociedade e não ao sócio.¹⁸

Diante da impossibilidade de ingressar na sociedade, o ex-cônjuge não sócio terá direito a ser indenizado pelo valor das quotas sociais.

3. COM A ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, EM QUE MOMENTO O EX-CÔNJUGE NÃO SÓCIO PODERÁ REQUERER A APURAÇÃO DE HAVERES E A DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE

Ponto bastante tormentoso, ainda, pouco enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência, consiste na possibilidade de o ex-cônjuge não sócio de exigir de imediato, após a conclusão da partilha de bens, a apuração de haveres, com fulcro na norma do art. 600, parágrafo único do Código de Processo Civil.¹⁹

¹⁶ DIAS, op. cit. p.348-349

¹⁷ HOOG, Wilson Alberto Zappa. *Sociedade Limitada: aspectos administrativos, jurídicos e contábeis*. Curitiba, Juruá, P. 58, 2008.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.595.775 – AP*, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1595775&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> > acesso em: 29 out 2018.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. acesso em: 29 out 2018.

A matéria se encontrava pacificada na jurisprudência e na doutrina, no sentido de que o ex-cônjuge não sócio não tinha legitimidade para requerer a apuração de haveres por não ostentar a qualidade de sócio.

Doutrina e jurisprudência possuíam posicionamentos consolidados no sentido de que o ex-cônjuge não sócio, por força da norma do art. 1.027 do Código Civil²⁰, não teria legitimidade para requerer o seu ingresso na sociedade, sem a anuência dos demais sócios, bem como requerer a apuração de haveres ou a dissolução parcial da sociedade.

O Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar a matéria no Recurso Especial nº 29.897-4-RJ, por meio da 3ª Turma, tendo como Relator Ministro Dias Trindade, julgado em 14.12.1992, consignou no voto do Relator, que somente o sócio da sociedade empresária possuía legitimidade para requerer a apuração de haveres, não se estendendo ao ex-cônjuge não sócio esta legitimidade, ainda que tenha adquirido as quotas por partilha de bens.²¹

Confirmando a sua jurisprudência, o STJ voltou a enfrentar a matéria, desta vez sob a ótica do atual Código Civil, em 24 de novembro de 2015, no julgamento do Recurso Especial nº 1.531.288²², tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, chegando a mesma conclusão, no sentido de que, não obstante o reconhecimento do direito dos herdeiros e do ex-cônjuge do sócio em relação à participação societária, principalmente em relação à divisão periódica dos lucros, expressamente vetou que esses promovam de imediato e compulsoriamente a dissolução da sociedade.

A doutrina também não divergia do posicionamento da jurisprudência do STJ, reconhecendo o direito à partilha das quotas sociais por possuírem expressão econômica. Contudo, quanto ao momento em que esse direito poderia ser exercido, afirmava a doutrina que o legislador buscou preservar a atividade econômica da empresa, evitando-se assim a sua quebra e a garantia da manutenção da *affectio societatis*.²³

Em relação ao ex-cônjuge separado ou divorciado o ordenamento jurídico conferia tratamento diferenciado com relação aos credores comuns do sócio, na medida em que restringia os meios de satisfação de seus direitos pessoais às quotas sociais de

²⁰ BRASIL. op. cit., nota 1.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *Recurso Especial nº 29.897-4-RJ*. Relator Ministro Dias Trindade. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>, acesso em: 22 out. 2018.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *Recurso Especial nº 1.531.288/RS*, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/>>, acesso em: 22 out. 2018.

²³ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 119.



titularidade daquele cuja comunhão foi extinta, limitando a participação na divisão do acervo do capital social, apenas na ocasião de dissolução e liquidação da sociedade.²⁴

A norma do artigo 1.027 do Código Civil, objetivando evitar que a ruptura do casamento pudesse influenciar na continuidade da empresa, limitava o direito do ex-cônjuge, o impossibilitando de requerer a apuração de haveres, muito menos de pedir à dissolução parcial da sociedade.

Entretanto, o atual CPC, ao disciplinar nos procedimentos especiais à ação de dissolução parcial de sociedade, especificamente no parágrafo único do seu art. 600, passou a reconhecer de forma expressa a legitimidade do ex-cônjuge não sócio a requerer a apuração de haveres, imediatamente, após a partilha de bens.

Constata-se uma flagrante antinomia entre o art. 1.027 do Código Civil²⁵ e o parágrafo único do art. 600 do Código de Processo Civil²⁶, uma vez que, este confere ao ex-cônjuge não sócio legitimidade para propor ação de apuração de haveres imediatamente após o término da partilha de bens, não sendo necessário esperar a dissolução da sociedade.

Este antagonismo levou parte da doutrina a afirmar que: “Ao possibilitar ao meeiro a legitimidade para liquidar a quota adquirida por intermédio de partilha de bens, o NCPC corrige a distorção criada pelo malfadado art. 1.207 do Código Civil, tornando-o sem efeito”²⁷.

Para aparte da doutrina processualista a melhor interpretação é a de que o art. 600, parágrafo único, do Código de Processo Civil, revogou a norma do art. 1.027 do Código Civil.²⁸

Em sentido contrário, Marlon Tomazette esclarece que:

“A nosso ver, porém a opção do Código Civil tem por objetivo proteger o patrimônio da sociedade, evitando a subcapitalização, pois tais acontecimentos – separação ou morte do cônjuge – não são eventos que dizem respeito ao sócio diretamente nas suas relações internas. Logo tais eventos não podem ter efeitos muito grandes nas relações internas da sociedade, determinando a apuração de

²⁴ BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Código Civil Comentado*. Coordenador Ministro Cesar Peluso. 7. Ed., São Paulo: Malone, 2013, p. 1.011.

²⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

²⁶ BRASIL. *op. cit.*, nota 19.

²⁷ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coord.). *O Direito Privado e o novo Código de Processo Civil: repercussões, diálogos e tendências*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 425

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 16. ed., São Paulo: RT, 2016, nota 10 art. 600, p. 529.

haveres de parte das quotas”. “Garantir a apuração de haveres não se coaduna com a preservação da empresa, pois, muitas vezes, esse pagamento inviabiliza a continuação da empresa”.²⁹

Não obstante a norma do art. 600, parágrafo único do CPC, conferir ao ex-cônjuge não sócio o direito à apuração de haveres, esta norma deve ser interpretada de forma restritiva, não abarcando o direito de requerer a dissolução parcial da sociedade:

Deste modo, se apenas um dos cônjuges é sócio e seu ex-consorte recebeu quotas em pagamento de sua meação no processo de partilha do acervo matrimonial, para liquidar estas suas quotas recebidas na partilha, este subsócio não promoverá uma ação de dissolução parcial de sociedade, pelo singelo motivo de que não se afasta da sociedade, justamente porque dela não é sócio, mas poderá requerer a apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social por ele titulada (CPC, parágrafo único do art. 600), direito este de apurar haveres, que o Código Civil não outorgara ao subsócio (cônjuge/convivente), pois não podia exigir desde logo a parte que lhes coubesse na quota social (CC, art. 1.027).³⁰

Partindo dessa premissa, constata-se que o art. 600, parágrafo único do CPC³¹ não derogou o artigo 1.027 do Código Civil³², isso porque, durante todo o procedimento de apuração de haveres, o ex-cônjuge não sócio somente terá direito a participação nos lucros, não tomando parte da sociedade, uma vez que, não ostenta a condição de sócio. Todavia, não precisará mais esperar a liquidação da sociedade, para o exercício imediato do direito à participação no acervo social.

Confrontando os dois dispositivos acima mencionados, forçoso concluir que o art. 600, parágrafo único do CPC, não revogou por completo a norma do o art. 1.027 do Código Civil, na medida em que, o ex-cônjuge não poderá exercer nenhum direito pessoal contra a sociedade típicas de sócio tais com fiscalizar a gestão dos negócios, exigir prestação de contas, exigir a apresentação de inventário, balanço patrimonial e de resultado econômico; examinar livros, documentos, estado de caixa e da carteira da sociedade, muito menos exigir direito de preferência nos casos de aumento do capital social.

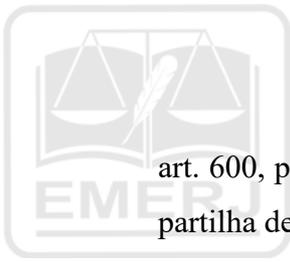
Sendo assim, a norma do art. 1.027 do Código Civil foi revogada tão somente no que se refere ao momento em que o ex-cônjuge não sócio poderá exercer o seu direito patrimonial a participação no acervo patrimonial da sociedade, uma vez que, a norma do

²⁹TOMAZETTE, op. cit., p. 342

³⁰MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book].

³¹BRASIL. op. cit., nota 19.

³²BRASIL. op. cit., nota 1



art. 600, parágrafo único do CPC, autoriza o exercício imediato após o encerramento da partilha de bens.

Em relação ao direito patrimonial de participação nos lucros, fica mantida as mesmas condições, ou seja, trata-se de um direito eventual que somente poderá ser exercido quando houver efetiva distribuição aos sócios.

Com efeito, uma vez cessada a entidade familiar e ultimada a partilha de bens, poderá o ex-cônjuge não sócio requerer a liquidação das suas quotas, por meio da apuração de haveres contra a sociedade.

A apuração de haveres não implica necessariamente na dissolução parcial da sociedade, mas uma significativa redução da participação do ex-cônjuge sócio na sociedade, uma vez que ocorrerá a liquidação de parcela de suas quotas sociais em favor do ex-cônjuge não sócio.

Em outras palavras a liquidação das quotas em decorrência da apuração de haveres requerida pelo ex-cônjuge não acarretará na dissolução parcial da sociedade, uma vez que, o ex-cônjuge sócio nela se manterá, apenas se apurará os haveres e a empresa será descapitalizada do valor das quotas liquidadas, com a redução da sua participação.

Rolf Madaleno ao enfrentar o tema esclarece que:

Contudo, esta vedação que inibia a efetiva dissolução na prática desapareceu com o parágrafo único do artigo 600 do Código de Processo Civil, ao prever a possibilidade do ex-cônjuge ou ex-companheiro do sócio, uma vez cessada a entidade familiar, pedirem em juízo a liquidação da sua quota, através da apuração de seus haveres na sociedade, e que serão pagos à conta da quota social titulada por este, não ocorrendo, necessariamente, a dissolução parcial da sociedade, mas uma significativa redução da participação societária do cônjuge que se divorcia ou do convivente que rompe sua relação afetiva e precisa liquidar parcela de suas quotas em favor da meação de seu parceiro.³³

A apuração de haveres tem por finalidade levantar qual o valor real e atual devido ao sócio que se retira da sociedade, de forma a evitar o locupletamento dos demais sócios que permanecem na sociedade.

Na apuração de haveres requerida pelo ex-cônjuge não sócio o que se objetiva ao final do procedimento é definir o montante financeiro que reflita o valor real de sua meação. Isso porque, as quotas conferem ao ex-cônjuge não sócio um direito patrimonial ilíquido, ou seja, um crédito que somente poderá ser exigido após a apuração de haveres.

³³ MADALENO, op. cit. [e-book].

No juízo de família se definirá o percentual que caberá a cada um dos ex-cônjuges, devendo o valor das quotas ser apurado no juízo empresarial por meio da ação de apuração de haveres.³⁴

Ressalte-se que, por força do princípio da preservação da empresa, requerida a apuração de haveres, embora não expressamente previsto no CPC deve ser aplicada à norma do art. 861 do CPC, que disciplina o procedimento a ser adotado pela sociedade em caso de penhora das quotas.³⁵

Realizada a apuração de haveres, ou seja, apurado o valor patrimonial da sociedade, há que se determinar o *quantum* em dinheiro que caberia a cada um dos sócios para a hipótese de extinção da sociedade. Feito isso, deve ser quantificado o valor a ser pago ao ex-cônjuge não sócio, referente ao valor que seria pago pelas quotas sociais ao meeiro.

Uma vez definido o valor, deve o pagamento ser realizado no prazo de 90 dias contados da liquidação. Realizado o pagamento opera-se uma redução do capital social da sociedade, além de uma significativa redução da participação do ex-cônjuge sócio na sociedade.

CONCLUSÃO

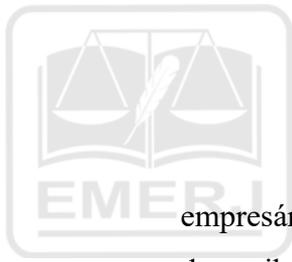
Após análise do tema, constata-se que o ex-cônjuge após a partilha de bens não se tornará sócio da sociedade, possuindo apenas uma sub-sociedade com o sócio ex-cônjuge. Por esse motivo, o ex-cônjuge não poderá exercer os mesmos direitos dos sócios perante a sociedade.

A partilha de bens não autoriza a divisão das quotas sociais, muito menos a alteração do contrato social para a inclusão do ex-cônjuge como sócio, sem a autorização dos demais titulares.

Entretanto, o ex-cônjuge passa a ter direito ao valor patrimonial das quotas pertencentes ao ex-cônjuge, o que não significa que se tornará sócio da sociedade empresária.

³⁴ Ibid.

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 521.



O artigo também tratou dos direitos do ex-cônjuge perante a sociedade empresária, constatando-se que tanto pela doutrina, como pela jurisprudência dominante dos tribunais a impossibilidade de o ex-cônjuge exercer qualquer direito pessoal decorrente da condição de sócio.

Na prática, não pode o ex-cônjuge participar das assembleias ou interferir na administração da sociedade, fiscalizar a gestão dos negócios, exigir prestação de contas, exigir a apresentação de inventário, balanço patrimonial e de resultado econômico; examinar livros, documentos, estado de caixa e da carteira da sociedade; e muito menos exigir direito de preferência nos casos de aumento do capital social.

Contudo, no que se refere aos direitos patrimoniais, na condição de coproprietário das quotas sociais, terá o ex-cônjuge direito a distribuição, eventual, dos lucros e poderá exigir a sua participação no acervo social da sociedade.

No último capítulo, é tratado no presente artigo em que momento o ex-cônjuge não sócio poderá exigir a sua participação no acervo social da sociedade diante do antagonismo da norma do art. 1.027 do Código Civil e da norma do art. 600, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Apesar da divergência doutrinária sobre o tema, entende-se que a melhor interpretação seria no sentido de que o art. 600, parágrafo único do CPC, revogou o art. 1.027 do Código Civil, tão somente no que se refere ao momento em que o ex-cônjuge não sócio poderá exercer o seu direito patrimonial a participação no acervo patrimonial da sociedade, ao permitir o imediato exercício por meio da apuração de haveres.

Por fim, entende-se que a efetivação do direito a apuração de haveres, após ultimada a partilha de bens, não configura, em princípio, a dissolução parcial da sociedade, uma vez que, está continuará a ter os mesmos sócios, tendo somente reduzido o seu patrimônio e capital social.

REFERÊNCIAS

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Ministro Cesar Peluso. 7. ed. São Paulo: Malone, 2013.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coord.). *O Direito Privado e o novo Código de Processo Civil: repercussões, diálogos e tendências*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.



BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *Recurso Especial nº 29.897-4-RJ*. Relator Ministro Dias Trindade. J: 14/12/1992. DJ: 01/03/1993.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *Recurso Especial nº 1.531.288/RS*, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 24/11/15, DJe 17/12/15.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível. n.º 0009206-50.2016.8.19.0203*. Relator: Desembargador Fernando Fernandy Fernandes. -. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br>. Acesso em: 10 set 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 0036344-94.2008.8.19.0001*, 16ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Mauro Dickstein. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br> acesso em: 10 set. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. São Paulo: RT, 2017.

FRIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Famílias*, 4. ed. v. 6, Rio de Janeiro: Juspodivm, 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Fundamentos de Direito Comercial: empresário, sociedades comerciais, títulos de crédito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LEAL, Murilo Zanetti. *A transferência involuntária de quotas na sociedade limitada*. São Paulo: RT, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16.ed., Rio de Janeiro: RT, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*, 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA À MULHER TRANSEXUAL

Priscila Santos Feitosa

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – O crescente fenômeno da globalização facilitado pelos avanços tecnológicos e a difusão, quase que instantânea, das informações tem possibilitado o surgimento de um novo contexto social, com necessidades e anseios completamente diferentes dos que vem sendo abarcados pelo ordenamento jurídico vigente. Inseridos nesse cenário reformador se encontram as mulheres transexuais que se identificam perante a sociedade como sendo do sexo oposto ao biológico. A modernização de como o Direito olha para essas questões sociais se mostra imperiosa, já que estão em jogo direitos fundamentais de milhares de pessoas. E dessa forma, deve-se refletir sobre a possibilidade de aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha as trans mulheres, visando assegurar e efetivar os direitos desses indivíduos.

Palavras-chave – Direito Penal. Lei Maria da Penha. Transexual. Transgênero. Trans mulher. Medidas Protetivas.

Sumário – Introdução. 1. O conceito de transgênero, suas relevâncias e implicações jurídicas para a sociedade contemporânea. 2. A atuação das medidas protetivas da Lei Maria Da Penha em resguardar e garantir os direitos tanto da mulher biológica quanto de quem exerce o papel social de mulher. 3. A interpretação mais humanística do ordenamento jurídico pela jurisprudência dos Tribunais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado enfoca a temática da interpretação extensiva das medidas sócias protetivas da Lei Maria da Penha com o objetivo de salvaguardar os direitos das mulheres transexuais, diante da situação da violência doméstica. O tema é importante tendo em vista que a questão da identidade de gêneros se mostra cada vez mais recorrente na sociedade brasileira e dessa forma, o direito deve procurar assegurar e preservar também os direitos dessas pessoas.

A identidade de gêneros tem se mostrado questão polêmica e recorrente tanto no cenário mundial quanto no cenário brasileiro e diante de tantas controvérsias jurídicas sobre o assunto, nada mais justo que determinados ramos do direito acabem por fazer interpretações extensivas e analógicas para tutelar essa nova situação.



A partir do nascimento com vida do indivíduo lhe é atribuído determinado papel social, baseado no gênero biológico observado no nascimento. O transexual está fora desses padrões, que são facilmente auferíveis pela sociedade, apesar de suas características físicas essa pessoa não se identifica com o sexo com o qual nasceu.

Diante de todo esse contexto social, temos uma lei específica no ordenamento pátrio que se destina a proteger de forma mais eficaz a mulher vítima de violência doméstica, ou seja, aquela praticada no ambiente intrafamiliar. Será analisada a possibilidade dessa lei proteger também a trans mulher, mesmo sendo esse indivíduo biologicamente do sexo masculino.

Dessa forma, o presente trabalho irá buscar aprofundar-se nas jurisprudências dos Tribunais, não deixando de se ater a análise doutrinária acerca do assunto. Deverá contrapor os argumentos e diferentes pontos de vista de doutrinadores renomados e voltar os olhos especificamente para a possibilidade de aplicação das medidas protetivas asseguradas pela Lei Maria da Penha a mulher transexual. Além disso, também será discutida a questão sociológica e jurídica que se depreende da identidade de gêneros.

No primeiro capítulo do trabalho será apontado o conceito que engloba a palavra transgênero e conseqüentemente o significado de transexual, para uma melhor compreensão do tema, conjuntamente com suas relevâncias sociais e implicações jurídicas para a sociedade contemporânea.

Em seguida, no segundo capítulo, serão abordadas as medidas protetivas da Lei Maria Da Penha e se essas medidas devem resguardar e garantir tanto os direitos da mulher biológica quanto de quem exerce o papel social de mulher.

No terceiro capítulo serão analisados o entendimento jurisprudencial e doutrinário a respeito da possibilidade de aplicação jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha a mulher transexual.

A pesquisa adota o método hipotético-dedutivo, consistindo na criação de hipóteses as quais serão submetidas a testes, críticas intersubjetivas e a confronto com fatos cotidianos e da realidade social objetivando verificar a validade das referidas hipóteses após sofrerem a confrontação.

Dessa forma, o objeto da pesquisa jurídica será abordado pelo pesquisador de forma explicativa, se valendo, assim, de levantamento bibliográfico pertinente à temática em foco, principalmente, de uma análise extensiva da legislação, doutrina e jurisprudência, para alcançar de forma esclarecedora o objeto de pesquisa e sustentar a tese.



1. CONCEITO DE TRANSGÊNERO. SUAS RELEVÂNCIAS E APLICAÇÕES JURÍDICAS PARA A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Para uma melhor compreensão do termo transgênero é importante definir e especificar alguns outros conceitos, que estão intrinsecamente ligados ao referido tema. O desconhecimento das definições tem levado a sociedade a estabelecer um pré-conceito sobre as questões que abarcam a identidade de gênero, o que acaba prejudicando, muitas vezes, o exercício pleno de alguns direitos por esta parcela da população.

Primeiramente, deve-se atentar para o fato de que sexualidade é um conceito estabelecido e padronizado pela própria sociedade. Esta estaria intimamente ligada ao conceito de sexo que, segundo Cunha¹, abrange a natureza física do indivíduo, o tipo de aparelho reprodutor com o qual este nasceu. Enquanto, que o gênero está intimamente vinculado à manifestação da sexualidade do indivíduo perante a sociedade, muito mais ligada a uma questão cultural, ao passo que a orientação sexual é conceito afeito á atração sexual vivenciada pelo indivíduo.

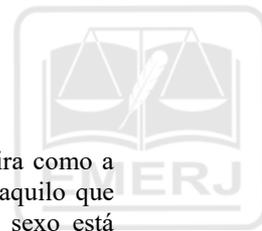
O transgênero, por sua vez, está ligado à questão do gênero, como o indivíduo manifesta sua sexualidade diante da sociedade, a percepção da identidade se apresenta de um jeito diverso de como o corpo físico se apresenta, se contrapondo diretamente a ideia do cisgênero que é quando a percepção do gênero combina com os aspectos biológicos do corpo do indivíduo. Já o transexual, que é uma espécie do ramo dos transgêneros, entende que não pertence ao gênero biológico ao qual é afeito, não havendo uma identificação do indivíduo com a sua natureza física. Por isso, é tão comum ouvir desses indivíduos que é como se eles tivessem nascido no corpo errado, a mente entende que é do sexo expressamente oposto ao da forma biológica do corpo.

O conceito de transgênero abarca uma diversidade de espécies, do qual transexual faz parte, como exemplo é possível citar; os intersexuais, os queers, os não binários, os andróginos, os travestis, os bigêneros, os pangêneros, os cross-dressers, as drag queens dentre outros.

De acordo com Moura² o transgênero é uma espécie de Transtorno de Identidade de Gênero (TIG) e:

¹CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Identidade e resignação de gênero* : Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

² MOURA, Kamila. *Transgênero, Transexual e Homossexualidade: entenda a diferença*. Disponível em: <<https://kamilamoura.com/2017/03/29/transgenero-transexual-e-homossexualidade-entenda-a-diferenca/>>. Acesso em: 20 mai. 2018.



[...] este transtorno é sustentado pela identidade sexual, ou seja, a maneira como a pessoa se identifica e se reconhece, mas nem sempre o corpo confirma aquilo que ele pensa e sente, assim os Transgêneros são os sexos psicológicos. O sexo está ligado ao órgão genital, pênis ou vagina; e o gênero é o comportamento, postura e atitude que a sociedade espera e impõe [...]

Quanto ao transexualismo, é possível observar um certo extremismo do transtorno, no qual o indivíduo tem uma necessidade de ser aceito como sendo do sexo oposto ao biológico, o que o leva a realizar terapia hormonal e cirurgia de redesignação sexual. Nas palavras de Moura³:

usualmente os homens e mulheres transexuais apresentam uma sensação de desconforto com o seu próprio sexo anatômico e desejam fazer uma transição de seu sexo de nascimento para o sexo oposto (sexo-alvo) com alguma ajuda médica (terapia de reatribuição de gênero) para seu corpo. Essas pessoas se identificam com o sexo oposto ao seu e querem ser reconhecidas como alguém que pertence a esse “sexo psicológico”, e não como o que dita a morfologia corporal [...]

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina⁴ em seu Artigo 3º, da Resolução nº 1955, de 12.08.2010, considerava o transexual como portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual. No âmbito internacional, a Organização Mundial da Saúde (OMS) também define o transexualismo como um transtorno de identidade sexual, na forma da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, CID-10.

Tendo em vista as classificações estabelecidas, tanto pelos órgãos nacionais quanto pelo órgãos internacionais de saúde, que tem considerado o transexualismo como uma patologia, grandes tem sido as discussões doutrinárias a respeito desse fato. Sendo que o próprio sufixo “ismo” carrega uma carga pejorativa já que significa doença, dessa forma vários autores tem dado preferência a utilização do termo transexualidade.

Dispõe Silvestre⁵, que muitos doutrinadores tem defendido, de forma acirrada, a exclusão do transexualismo do rol de doenças psicológicas, em razão da dignidade e proteção do indivíduo. Mas há quem defenda também a sua permanência, como Cordeiro⁶ por entender que:

³Ibid.

⁴CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1955*, de 12 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 20 mai de 2018.

⁵SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LOURO, Arthur Souza. *A Tutela jurídica da identidade dos transexuais*. Revista de Direito Privado. v. 65/ 2016, p. 17-117, jan-mar. 2016.

⁶CORDEIRO apud SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LOURO, Arthur Souza. *A Tutela jurídica da identidade dos transexuais*. Revista de Direito Privado. v. 65/ 2016, p. 17-117, jan-mar. 2016.



[...] com a retirada da transexualidade do rol de doenças, surgiria dificuldade na normatização do procedimento cirúrgico de alteração de gênero pelo sistema de saúde, privado ou público, como o SUS. Tal dificuldade afetaria negativamente a procura desse grupo, já marginalizado, pela harmonização do seu ser, o que eternizaria sua angústia [...]

Independente do transexualismo ser considerado doença ou não, o que de fato não pode ocorrer é esse indivíduo ficar desamparado, sem a proteção do Estado. Os tratamentos oferecidos pelos meios de saúde são de muitíssima importância, para amenizar os problemas que decorrem dessa situação de gênero. No entanto, a questão não se limita ao sistema de saúde devendo se atentar para as questões relativas aos direitos desses cidadãos, de forma a efetivar sua participação social. Nas palavras de Silvestre⁷ “a identidade da pessoa não é formada apenas pelo aspecto físico-biológico, mas também pelo aspecto social que consiste na forma como ela é tratada e referida em suas relações com outros indivíduos”.

Ademais, cabe apontar que durante a construção do referido trabalho foi lançada uma nova versão da Classificação Mundial de Doenças, que nada mais é do que uma pré-visualização da CID-11, que será apresentada de fato para adoção dos Estados Membros em maio de 2019, durante a Assembleia Mundial da Saúde, e entrará em vigor em 1º de janeiro de 2022⁸. Essa CID-11 retira a transexualidade dos transtornos mentais e cria um novo capítulo dentro da própria CID para tratar de saúde sexual e conseqüentemente passará a tratar também de transexualidade.

A dimensão da importância dos direitos relativos à identidade de gênero se faz presente nas diversas consultas realizadas a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ultimamente. A Corte, reiteradamente, tem sido provocada a se manifestar sobre o assunto, conforme o entendimento de Cunha⁹;

[...] quanto o dever dos Estados em reconhecer e facilitar a mudança do nome em conformidade com a identidade de gênero, a necessidade de, para tanto, ter de se valer de vias judiciais e extrajudiciais, bem como a garantia dos direitos patrimoniais decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo e a necessidade de um instituto que os reconheça [...]

Assim sendo, observa-se uma preocupação no âmbito internacional para a proteção dos direitos dos transexuais e a sua efetivação, promovendo o direito a igualdade e vedando qualquer tipo de discriminação entre os indivíduos.

⁷ _____; SILVESTRE, LOURO; op. cit. p. 6.

⁸DIÁRIO DA SAÚDE. *OMS lança nova classificação internacional de doenças*. Disponível em: <<https://www.diariodasaude.com.br/news.php?article=cid-11-classificacao-internacional-doencas>> Acesso em: 27 nov.2018.

⁹CUNHA, Leandro Reinaldo da. O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a identidade de gêneros. *Revista dos Tribunais*. V.991\2018, p. 227-244, mai. 2018.

Cunha¹⁰ muito bem assegura que:

[...] evidencia-se de plano que nenhuma conduta que se apresente como segregadora ou que tenha o potencial de cercear direitos de quem quer que seja pelo simples fato de ela não se assentar em uma condição de sexualidade tida por ordinária ou tradicional haverá de ser corroborada, havendo de ser prontamente rechaçado qualquer ato eivado de contornos discriminatórios, seja qual for o seu fundamento.

Esse tem sido o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem se manifestado, prontamente, na defesa dos direitos dos indivíduos transexuais e que devem nortear as condutas dos Estados Soberanos que são signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

2. A ATUAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA EM RESGUARDAR E GARANTIR OS DIREITOS TANTO DA MULHER BIOLÓGICA QUANTO DE QUEM EXERCE O PAPEL SOCIAL DE MULHER

A Lei Maria da Penha visando tutelar de forma mais eficaz a situação da violência doméstica contra a mulher, do ponto de vista legal, inovou ao criar várias medidas e procedimentos diferenciados em sua aplicação.

Uma das medidas de maior relevância foi a previsão da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (JVFDM), disposto no artigo 14 da Lei 11.340¹¹ de 2006, os quais possuem uma competência híbrida, cível e criminal ao mesmo tempo. Muito embora essa criação ainda seja um pouco tímida, já que não são todas as comarcas do país que possuem esses JVFDM, seus benefícios são notáveis. Esses juizados especializados tem facilitado o acesso das vítimas ao judiciário, atuando de forma mais precisa e rápida no combate a violência doméstica.

Outro ponto que merece ser destacado são as medidas protetivas de urgência que estabelecem obrigações ao agressor, com o intuito precípuo de romper com o ciclo da violência. Dentre o rol previsto no artigo 22¹² da referida lei, importante ressaltar que se tratam de hipóteses meramente exemplificativas, não impedindo a aplicação de outros tipos de

¹⁰Ibid. p. 4.

¹¹BRASIL. Lei 11.340. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 31 ago. 2018.

¹²Ibid.



medidas previstas na legislação, na forma do §1º do já mencionado artigo, podendo inclusive serem aplicadas de forma conjunta.

Ao agressor poderão ser impostas medidas de suspensão da posse ou restrição de porte de armas, de afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima da violência, fixação de um limite mínimo de distância para proteção da vítima, de seus familiares e das testemunhas da agressão, proibição de frequentar determinados lugares, podendo até mesmo serem restringidas ou suspensas as visitas aos dependentes menores para evitar o contato com a ofendida, além da possibilidade de fixação de alimentos provisórios.

Importante ressaltar que os bens da vítima também são abarcados pelas medidas protetivas. O juiz poderá determinar indisposição de bens, bloqueio de contas, restituição de bens subtraídos de forma indevida pelo agressor e prestação de caução provisória, para garantir pagamento de danos materiais decorrentes da prática da violência, ou qualquer outra medida que se mostrar necessária ou mais eficaz de acordo com o caso concreto em questão¹³.

Essas medidas podem ser aplicadas logo após a denúncia de agressão, por pedido da vítima ou do Ministério Público e caberá ao juiz, dentro do prazo máximo de 48 horas, determinar sua execução, a partir do recebimento do pedido. Sendo assim, devido ao seu caráter emergencial, depreende-se que as medidas podem ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes, contraditório prévio ou oitiva do Ministério Público.

A controvérsia se instaura quando a violência é praticada no âmbito doméstico, mas contra pessoa que biologicamente não é do sexo feminino. Teria o legislador, ao se referir ao termo “mulher”, no artigo primeiro da Lei nº 11.430¹⁴, focado na questão do gênero ou no sexo biológico? Seria destinada a lei tanto a proteção dos direitos da mulher biológica quanto de quem exerce o papel social de mulher?

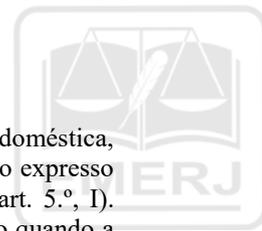
Não é possível saber a real intenção do legislador quando da criação da lei, mas o fato é que diante do atual contexto social e da necessidade de uma real proteção desses indivíduos transexuais, os Tribunais têm ampliado a aplicação do referido dispositivo legal aos transexuais, transgêneros e até as pessoas que vivem uma união homoafetiva.

Nesse sentido preceitua Maria Berenice Dias¹⁵:

¹³CNJ. *Conheça as medidas protetivas previstas pelas Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80317-conheca-as-medidas-protetivas-previstas-pela-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹⁴BRASIL. op. cit. nota 11

¹⁵DIAS, Maria Berenice. A Efetividade da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 64/2007, p. 297-312, jan. 2007.



Ainda que se trate de lei que visa a proteger a mulher vítima da violência doméstica, o agressor pode ser não só o homem, mas também a mulher, pois de modo expresso é reconhecida sua incidência independentemente da orientação sexual (art. 5.º, I). Portanto, lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros estão ao seu abrigo quando a violência ocorrer entre pessoas que mantém relação afetiva no âmbito da unidade doméstica ou familiar.

Com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e em observância aos direitos da personalidade, já está pacificado pelos Tribunais o direito dos transgêneros ao nome social, como forma de definir a identidade pessoal do indivíduo perante a sociedade. Dessa forma, o indivíduo pode se apresentar socialmente de acordo com o gênero que melhor lhe representa, conforme o gênero com o qual este se identifica.

Essa conquista é significativa justamente por abrir espaço para outras reivindicações, principalmente no âmbito jurídico. A proteção desses indivíduos se mostra imperiosa, de forma que o sexo biológico não pode impedir a proteção dessas pessoas no contexto da violência doméstica familiar.

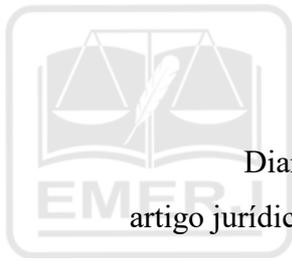
Nas palavras de Maria Berenice Dias¹⁶:

a lei não se limita a coibir e a prevenir a violência doméstica contra a mulher independentemente de sua identidade sexual. Seu alcance tem extensão muito maior. Como a proteção é assegurada a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que o legislador reconheceu que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidade familiar. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família.

Além dos direitos da personalidade, visa se tutelar também os direitos relativos à dignidade da pessoa humana em seus mais variáveis sentidos. Embora seja difícil de precisar o conceito de “dignidade humana”, o Professor André Nicolitt juntamente com Janaína Bickel¹⁷, em seu artigo Sistema penal e transexualidade: reflexões necessárias à tutela dos direitos fundamentais, muito bem o delimita ao citar a teoria dos cinco componentes de Podlech integrando tal termo diretamente ao exercício dos direitos fundamentais. De acordo com a referida teoria são aspectos da dignidade humana: o direito ao desenvolvimento da personalidade, da identidade, da singularidade, a autonomia perante o Estado, a igualdade e o rechaço a coisificação do homem.

¹⁶Ibid.

¹⁷PODLECH apud NICOLITT, André Luiz. BICKEL, Janaína Silveira Castro. Sistema penal e transexualidade: reflexões necessárias à tutela dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. v.986/2017, p. 63-85, dez. 2017.



Diante de tais fatos, a autora Andrea Luisa de Oliveira¹⁸, citando Foucault, em seu artigo jurídico muito bem dispõe que:

Nesta contextualização, para melhor ilustração do que seria esta construção podemos evidenciar as palavras de Michael Foucault, que assevera ser esta sexualidade não determinativa pelo sexo, mas, sim, administrada pelo sujeito. Nestas palavras do autor, é possível abstrair que embora seja natural o sexo do sujeito não é este sujeito condenado a este gênero, mas na verdade é este sujeito construído em si mesmo. Esta sexualidade é concebida historicamente através de suas perspectivas em seus processos de diferenciações em suas progressões.

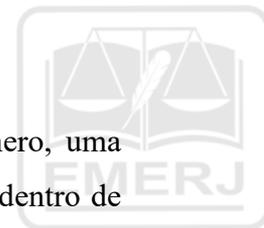
Dessa forma, não se pode permitir que o gênero biológico funcione como um elemento inibidor, que prive o indivíduo de exercer de forma plena seus direitos da personalidade. Motivo pelo qual, se mostra em perfeita harmonia com o atual contexto social as decisões dos Tribunais que tem permitido a aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha às mulheres transgêneros.

3. A INTERPRETAÇÃO MAIS HUMANÍSTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

É notório que a questão da identidade de gênero é matéria amplamente controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Mas é indispensável que se aprofunde nos direitos e necessidades dessas pessoas, diante do atual contexto social em que a sociedade está inserida. Assim sendo, discute-se se o ordenamento jurídico vigente faria algum tipo de restrição a aplicação das medidas protetivas apenas a pessoas do sexo feminino e como os Tribunais vem aplicando esse tipo de medida.

Inicialmente deve-se apontar que, muito embora já esteja consolidado na jurisprudência dos Tribunais que a Lei Maria da Penha não faz restrição quanto ao gênero do sujeito ativo da violência, podendo esse sujeito ser até mesmo outra mulher, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que para a aplicação da Lei Maria da Penha seria indispensável que a violência tenha ocorrido por motivo ligado ao gênero da vítima, juntamente com a demonstração da vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher.

¹⁸FOUCAULT apud OLIVEIRA, Andrea Luisa. OLIVEIRA JUNIOR, Roberto Lúcio de Os direitos da personalidade a luz da aquisição de uma nova identidade: a proteção do nome social aos sujeitos transgêneros. *Revista de Direito Privado*. v.75/2017, p. 37-72, mar. 2017.



Dessa forma, a agressão tem que ter como fundamento um motivo de gênero, uma mulher que sofre a violência por ser mulher, vulnerável e hipossuficiente, inserida dentro de um contexto de uma relação afetiva, doméstica ou familiar, conforme demonstra a decisão proferida no agravo regimental no recurso especial¹⁹ que se segue:

RELAÇÃO FAMILIAR. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA MOTIVAÇÃO DE GÊNERO NA PRÁTICA DO DELITO. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que, para a aplicação da Lei 11.340/2006, não é suficiente que a violência seja praticada contra a mulher e numa relação familiar, doméstica ou de afetividade, mas também há necessidade de demonstração da sua situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, numa perspectiva de gênero.

Ademais, levando-se sempre em consideração os requisitos da vulnerabilidade e da hipossuficiência da mulher, é possível observar decisões judiciais que tem efetivado a proteção da transexual feminina e permitido a aplicação das medidas protetivas da lei Maria da Penha a seu favor. Nesse sentido segue decisão de juíza da 1ª vara de Anápolis – GO²⁰:

[...] 7. C. Destarte, não posso acolher o respeitável parecer ministerial e ignorar a forma pela qual a ofendida se apresenta perante a todas as demais pessoas, não restando dúvida com relação ao seu sexo social, ou seja, a identidade que a pessoa assume perante a sociedade. [...] Somados todos esses fatores (a transexualidade da vítima, as características físicas femininas evidenciadas e seu comportamento social), conferir à ofendida tratamento jurídico que não o dispensado às mulheres, transmuda-se no cometimento de um terrível preconceito e discriminação inadmissível, em afronta inequívoca aos princípios da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual, da dignidade da pessoa humana e da liberdade sexual, posturas que a Lei Maria da Penha busca exatamente combater.[...]

É possível observar também a aplicação das referidas medidas a trans mulher em decisão proferida pelo juiz de direito Alberto Fraga, do 1º Juízo Especial Criminal e de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Nilópolis/RJ, que assim dispôs em sua sentença²¹:

¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Recurso Especial nº 1.430.724*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400164519&dt_publicacao=24/03/2015> . Acesso em: 19 set. 2018.

²⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Processo nº 201103873908*. Juíza de Direito: Ana Cláudia Veloso. Disponível em: <<https://brunabolson.jusbrasil.com.br/noticias/245514651/assegurar-as-garantias-fundamentais-de-todos-os-cidadaos-em-detrimento-do-conservadorismo>>. Acesso em: 19 set. 2018.

²¹MIGALHAS. Lei Maria da Penha pode ser aplicada em favor de transexual. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI240416,21048Lei+Maria+da+Penha+pode+ser+aplicada+em+favor+de+transexual>> Acesso em: 27 nov.2018.



[...] Em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, é imprescindível que a livre escolha do indivíduo, baseada em sua identidade de gênero, seja respeitada e amparada juridicamente a fim de se garantir o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Entendimento diverso a esse configuraria verdadeira discriminação, deixando em desamparo o transexual, o que não pode ser chancelado por esse juízo.[...]

Outro fator de grande relevância e que deve ser apontado é a exigência em relação a cirurgia de transgenitalização e da alteração registral do prenome para que a transexual de gênero feminino possa ser juridicamente considerada mulher e consequentemente possibilitar a aplicação da Lei Maria da Penha.²²

A maioria dos tribunais de justiça tem se manifestado pela desnecessidade de tais quesitos, sustentando que o apego as formalidades não pode obstar um direito da pessoa trans, nem violar princípios constitucionalmente assegurados como o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Ademais, asseveram que é muito mais importante a forma como a pessoa se reconhece perante a sociedade, sendo indiferente seu sexo biológico. Que tais exigências estariam em completa dicotomia com os preceitos instituídos pela lei Maria da Penha, que rechaça qualquer forma de preconceito ou discriminação.

Nesse sentido, é possível observar as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal²³:

[...] INADMISSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÃO DE TRANSEXUAL FEMININA NÃO SUBMETIDA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL (CRS). PENDÊNCIA DE RESOLUÇÃO DE AÇÃO CÍVEL PARA RETIFICAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO PÚBLICO. IRRELEVANCIA. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLENCIA BASEADA NO GENERO FEMININO. DECISÃO REFORMADA.

[...] 2. O genero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos [...]

E no mesmo sentido é possível observar as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás²⁴, que também se manifestou de forma expressa pela possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha as trans mulheres:

²²TANNURI, Claudia Aoun. HUDLER, Daniel Jacomelli. *Lei Maria da Penha também é aplicável as transexuas femininas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-02/lei-maria-penha-tambem-aplicavel-transexu-ais-femininas>>. Acesso em: 19 set. 2018.

²³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Processo nº 20171610076127*. Relator: George Lopes. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569318431/20171610076127-df-0006926-7220178070020>> Acesso em: 19 set.2018.

²⁴BRASIL. op. cit., nota 19



[...] Desta forma, apesar da inexistência de legislação, de jurisprudência e da doutrina ser bastante divergente na possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha ao transexual que procedeu ou não à retificação de seu nome no registro civil, ao meu ver tais omissões e visões dicotômicas não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos à cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional. Tais óbices não podem cegar o aplicador da lei ao ponto de desproteger ofendidas [...] porque a mesma não se dirigiu ao Registro Civil de Pessoas Naturais para, alterando seu assento de nascimento, deixar de se identificar como xxxxxx e torna-se xxxxx. ' por exemplo! Além de uma inconstitucionalidade uma injustiça e um dano irreparáveis! [...]

O próprio Conselho Nacional de Justiça, CNJ, publicou o Enunciado nº 46²⁵, do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, FONAVID, realizado em Recife/PE, entre 12 e 15 de novembro de 2018²⁶, para pacificar a desnecessidade de realização de cirurgia de transgenitalização para conferir aos transexuais o direito da alteração registral do prenome e do sexo jurídico modificados no Registro.

Dessa forma, mesmo diante de grande controvérsia instaurada sobre o tema em questão, denota-se que o entendimento dos Tribunais tem sido no sentido de garantir a aplicação de tais medidas protetivas da Lei Maria da Penha as mulheres transexuais. Possibilitando uma interpretação ampliativa do referido diploma legal, para proteção dos direitos da pessoa humana e vedação a qualquer tipo de discriminação.

CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha é um importante marco de proteção da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher no direito brasileiro. Embora, ainda hoje, sua atuação seja um pouco tímida, tendo em vista o pequeno número de Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher criados pelo país, seus efeitos se difundiram ao longo do território nacional, diminuindo a impunidade e criando um certo temor e reverência quanto a aplicação de suas medidas.

²⁵ENUNCIADO 46: A lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei 11.340/06.

²⁶Conselho Nacional de Justiça. *Enunciados do FONAVID*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/11/8d53d25d4d051f4f0b3e281075d30732.pdf>> Acesso em: 27.nov.2018.



Ao longo desses doze anos de atuação, a referida lei foi tendo sua interpretação ampliada visando sempre tutelar diferentes situações jurídicas que se mostravam recorrentes, como por exemplo, sendo empregada em casos de violência doméstica entre um casal homoafetivo de mulheres. Tal fato se tornou possível diante da ampliação do conceito de família, não podendo o direito deixar de tutelar essas novas situações jurídicas que surgiram com a modernidade.

O fato de que a Lei Maria da Penha é aplicável a mulheres em situação de violência doméstica e familiar é de conhecimento amplo pela sociedade e pelo direito pátrio, não existindo nenhum tipo de controvérsia em relação a isso. No entanto, a questão controvertida abordada no trabalho se refere sobre a possibilidade da mulher transgênero, que biologicamente é do sexo masculino, também buscar proteção por meio do referido diploma legal.

Restou demonstrado, que diversos Tribunais, ao longo do país, tem permitido a aplicação das medidas protetivas da Lei nº 11.340/06 a mulheres transgêneros, sob o fundamento de que a lei ao se referir ao termo mulher abrange questões de gênero e não unicamente de sexo biológico.

Dessa forma, estando o transgênero ligado à questão do gênero, como o indivíduo manifesta sua sexualidade diante da sociedade, já que este não se identifica com a sua forma física, e não a questão do sexo biológico, é totalmente possível uma ampliação das medidas protetivas para tutelar os direitos dessas pessoas.

Ressaltando ainda que por uma questão principiológica, a Constituição Federal de 1988 vedou qualquer tipo de discriminação entre os indivíduos, assegurando de forma plena o exercício dos direitos fundamentais.

Assim sendo, para proteção dos direitos da pessoa humana e vedação a qualquer tipo de discriminação é possível a aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha as mulheres transgêneros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 11.340. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 31 ago. 2018.



_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1.430.724. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revis ta/inteiroteor/?num_registro=201400164519&dt_publicacao=24/03/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revis%20ta/inteiroteor/?num_registro=201400164519&dt_publicacao=24/03/2015)> . Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Processo nº 20171610076127. Relator: George Lopes. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569318431/20171610076127-df-0006926-7220178070020>> Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Processo nº 201103873908. Juíza de Direito: Ana Cláudia Veloso. Disponível em: <<https://brunabolson.jusbrasil.com.br/noticias/245514651/assegurar-as-garantias-fundamentais-de-todos-os-cidadaos-em-detrimento-do-conservadorismo>>. Acesso em: 19 set. 2018.

Conselho Nacional de Justiça. *Conheça as medidas protetivas previstas pelas Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80317-conheca-as-medidas-protetivas-previstas-pela-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. *Enunciados do FONAVID*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/11/8d53d25d4d051f4f0b3e281075d30732.pdf>> Acesso em: 27.nov.2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 1955*, de 12 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 20 mai de 2018.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Identidade e resignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____. O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a identidade de gêneros. *Revista dos Tribunais*. V.991\2018, p. 227-244, mai. 2018.

DIÁRIO DA SAÚDE. *OMS lança nova classificação internacional de doenças*. Disponível em: <<https://www.diariodasaude.com.br/news.php?article=cid-11-classificacao-internacional-doencas>> Acesso em: 27 nov.2018.

DIAS, Maria Berenice. A Efetividade da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 64/2007, p. 297-312, jan. 2007.

MIGALHAS. Lei Maria da Penha pode ser aplicada em favor de transexual. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI240416,21048-Lei+Maria+da+Penha+pode+ser+aplicada+em+favor+de+transexual>> Acesso em: 27 nov.2018.

MOURA, Kamila. *Transgênero, Transexual e Homossexualidade: Entenda a diferença*. Disponível em: <<https://kamilamoura.com/2017/03/29/transgenero-transexual-e-homossexualidade-entenda-a-diferenca/>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

NICOLITT, André Luiz. BICKEL, Janaína Silveira Castro. Sistema penal e transexualidade: reflexões necessárias à tutela dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. v.986/2017, p. 63-85, dez. 2017.



OLIVEIRA, Andrea Luisa. OLIVEIRA JUNIOR, Roberto Lúcio de. Os direitos da personalidade a luz da aquisição de uma nova identidade: a proteção do nome social aos sujeitos transgêneros. *Revista de Direito Privado*. v.75/2017, p. 37-72, mar. 2017.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LOURO, Arthur Souza. A Tutela jurídica da identidade dos transexuais. *Revista de Direito Privado*. v. 65/ 2016, p. 17-117, jan-mar. 2016.

TANNURI, Cláudia Aoun. HUDLER, Daniel Jacomelli. *Lei Maria da Penha também é aplicável as transexuas femininas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-02/lei-maria-penha-tambem-aplicavel-transexuais-femininas>>. Acesso em: 19 set. 2018.



A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DAS ASTREINTES VENCIDAS À LUZ DO NOVO CPC

Rachel Sant'Anna
Bivar

Graduada pela Faculdade de Direito
Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Advogada.

Resumo – A multa astreinte sempre foi utilizada no direito brasileiro como principal meio de coerção para obtenção da tutela específica, de modo que os tribunais superiores eram pacíficos em afirmar a constitucionalidade da redução das astreintes vencidas e vincendas. Porém, com o novo Código de Processo Civil de 2015 e a nova redação dada ao art.537 lidos à luz da CRFB/1988, tal instituto merece nova leitura e manejo. A essência do trabalho é questionar sua utilização e sugerir novas formas de aplicação de forma a harmonizar o instituto com a constituição e o novo CPC.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Execução. Astreinte. Natureza Jurídica. Redução. Inconstitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. Questionamentos Sobre O Entendimento dos Tribunais Superiores na Aplicação das Astreintes Diante do Novo CPC. 2. Astreinte: Perdas e Danos ou Meio de Coerção no Cumprimento de Decisões Judiciais? 3. Questionamentos sobre o Entendimento dos Tribunais Superiores na Aplicação das Astreintes Diante do Novo CPC. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o entendimento majoritário da doutrina acerca da utilização da multa astreinte bem como sua natureza jurídica. Durante o primeiro capítulo existe uma constatação sobre o manejo doutrinário e jurisprudencial do instituto à luz do antigo CPC.

A partir de tais premissas se demonstra, com exemplos práticos, a insuficiência dos conceitos, bem como a necessidade de inovação dos entendimentos jurisprudenciais postos no uso do instituto, já que, com o novo CPC existe alteração substancial do art. 537 do CPC que passou a dizer expressamente que as multas vincendas poderiam ser reduzidas a qualquer tempo, sem expressar o lastro de manejo das multas vencidas.

No decorrer do trabalho há uma desconstrução da natureza jurídica das astreinte, de forma a tornar o instituto mais elástico a fim de adaptá-lo as funções de meio de coerção e,



ao mesmo tempo, de perdas e danos, de forma a permitir sua aplicação sem a violação da segurança jurídica, do direito adquirido e dos novos parâmetros trazidos pelo novo Codex.

1. O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA APLICAÇÃO DAS ASTREINTES DIANTE DO NOVO CPC

A multa astreinte é conceituada por Alexandre Câmara¹ como: “multa periódica, fixada por decisão judicial, que incide após o decurso do prazo de que o executado dispõe para cumprir a decisão, prazo este que tem início quando o executado é intimado, na forma do disposto no art. 513, § 2º, do CPC.” É, ainda o meio de coerção mais utilizado atualmente para pressionar o devedor ao cumprimento obrigação de fazer ou não fazer.

Dada a sua função, para doutrina majoritária, de permitir a efetividade das tutelas jurisdicionais a legislação prevê certa margem de atuação do magistrado com intuito de melhor adequar o instituto ao caso concreto.

Dessa forma o valor fixado deve propiciar a devida coerção, suficiente ao cumprimento da obrigação e, ao mesmo tempo, evitar a configuração do enriquecimento sem causa do credor. Essa justa medida é avaliada pelo magistrado que poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la se o valor se tornar insuficiente ou excessivo, conforme artigo 537, § 1 do CPC².

Interessante notar que o novo CPC não faz referência a possibilidade de redução das multas vencidas. Por ser o CPC de 2015 relativamente novo, inexistente consolidação jurisprudencial nos tribunais superiores tal redução, considerando a nova redação.

Em que pese no passado, sob a vigência do Código anterior, o Superior tribunal de Justiça, tenha decidido sobre a possibilidade de modificação das astreintes vencidas e vincendas, conforme informativo 539 do STJ³, tal entendimento merece questionamento, diante do silêncio eloquente do novo CPC, que limitou-se a prescrever a possibilidade de redução das astreintes vencidas, nada dizendo sobre as vincendas.

A referida decisão, publicada em 2014, e, portanto, antes da vigência do CPC de 2015, era clara ao afirmar que jurisprudência do STJ seria pacífica no sentido de que a multa

¹CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 256.

²BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

³BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *RESP nº 1.333.988 – SP*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25043003/recurso-especial-resp-1333988-sp-2012-0144161-8-stj/inteiro-teor-25043004?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 abr. 2018.



cominatória não integraria a coisa julgada, sendo apenas um meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado, podendo ser cominada, alterada ou suprimida posteriormente.

No entanto, a recente alteração legislativa, parece querer entendimento diverso. Primeiramente, ninguém questiona que o aumento do valor da multa diária deve ter efeito ex nunc (não retroativo)⁴, assim, fixada multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento, não pode o juiz, 10 dias depois, aumentar o valor diário para R\$1.000,00 (mil reais) e fazê-lo incidir desde o dia do arbitramento, transformando uma dívida de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em uma de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A situação seria ainda mais esdruxula se lembramos que se trata de uma decisão que pode ser dada de ofício.

Esse raciocínio, porém, não parece ser adotado quando realizamos o caminho inverso. Assim, por exemplo, se o magistrado, entendendo que a multa alcançou elevado valor, e configura enriquecimento ilícito, poderia reduzi-la. Mas tal redução teria efeitos retroativos? Poderia o magistrado transformar uma dívida de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em uma dívida de R\$ 50,00 (cinquenta reais)?

Alexandre Câmara, em seu voto, no Agravo de Instrumento nº 0039701 – 07.2016.8.19.0000⁵, faz esse questionamento e ressalta que a diminuição do valor da multa não pode atingir os valores vencidos, logo há de ter efeitos ex nunc. Isso porque estaria o juiz perdoando uma dívida já configurada, em flagrante violação a direito adquirido. E ainda mais grave; estaria o magistrado agindo em nome do verdadeiro credor da multa, sem legitimidade para tal, uma vez que direito brasileiro estabelece que multa deve ser paga ao credor, e não ao sistema judiciário, como no sistema francês.

Nesse sentido defende ainda o desembargador⁶:

tal redução vai contra todos os valores do processo democrático e, além disso, não encontra qualquer base normativa. E exatamente por isso o CPC/2015 deixou claro, no texto do art. 537, § 1º, que o juiz poderá modificar o valor ou a periodicidade de multa vincenda.

Isso porque, conforme explica o doutrinador⁷, o direito adquirido encontra ampla proteção do direito constitucional pátrio, conforme art.5, XXXVI, CRFB, não podendo ser suprimido sequer por emenda constitucional, quanto mais pelo magistrado da causa.

⁴ Nesse sentido BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0039701 - 07.2016.8.19.0000*. Relator Alexandre Freitas Câmara. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcache/web/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000448309DF2EB8CB092A2D701A8856392A7C5053B133832&USER=>>. Acesso em 11 abr. 2018

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.



Nesse sentido acrescenta que o tal direito é tão valioso a nossa ordem jurídica que nem mesmo a alteração da própria Constituição, por meio de Emenda Constitucional poderia suprimi-lo. Dessa forma, seria absurdo permitir que o judiciário, produto do poder constituído, e não constituinte, pudesse modificar atos que nem mesmo o poder constituinte reformador poderia realizar.

Portanto, diante do novo CPC e da natureza jurídica adotada pela maioria da doutrina brasileira, bem como de sua leitura constitucional, constata-se a impossibilidade de manutenção do posicionamento exarado pelo STJ no Resp. nº 1333988-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no qual se defende a possibilidade de redução das astreintes vencidas.

Os tribunais locais, atentos a tal raciocínio, vem manifestando entendimento mais correto, conforme se observa do seguinte precedente⁸:

Direito processual civil. Recurso que tem por objeto a redução de valor de astreinte já vencida. Impossibilidade. Expressa vedação legal (art. 537, § 1º, do CPC/2015) à redução de multa com eficácia retroativa, que atende a entendimento que em doutrina já era majoritário ao tempo do CPC/1973. Desprovisionamento do recurso.

Logo, a melhor aplicação do instituto, a princípio, parece ser aquela que possibilita a redução dos valores arbitrados com efeitos *ex tunc*, de forma a permitir uma margem de manobra ao magistrado que tem como fim a efetividade da tutela jurisdicional, e ao mesmo tempo preserva a segurança jurídica e o direito adquirido.

Todavia, em que pese o posicionamento do ilustre professor citado, em diversos casos é possível observar que as multas já vencidas atingem valores desproporcionais⁹, beirando o enriquecimento sem causa. Como resolver então tal situação se as multas vencidas estariam fora do lastro de manobra do judiciário? Como permitir a maleabilidade das astreinte, sem violar o novo CPC e respeitando a coisa julgada (art. 5,XXXVI, CRFB)?

A solução que se apresentará passa pela necessidade de reconfigurar as bases do instituto em cotejo, de forma a permitir sua utilização de forma a não violar a segurança jurídica e a própria lógica processual. Entende-se então pela necessidade de uma discussão que revolva a própria natureza jurídica da multa conforme será discutido no capítulo seguinte.

⁸ Ibidem.

⁹ A título de exemplo a apelação número 0193374-27.2010.8.19.0001, na qual se verifica que a astreinte atingiu o valor de R\$ 190.200,00 (cento e noventa mil e duzentos reais).

2. ASTREINTE: PERDAS E DANOS OU MEIO DE COERÇÃO NO CUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS?

No primeiro capítulo abordou-se o conceito majoritário de astreinte e sua natureza jurídica. Como visto a maioria da doutrina brasileira¹⁰ ao definir o instituto se refere a ele como meio de coerção.

No entanto, em que pese tal definição, tanto o histórico de sua codificação no Brasil, quanto sua aplicação pelos tribunais superiores, revela que não há uma clareza quanto a sua natureza jurídica, sendo a multa utilizada ora como perdas e danos ora como meio de coerção. Evidentemente os instrumentos têm finalidades distintas e exigem manejos totalmente diferentes.

Talvez por essa confusão, o uso desse instituto tão comum e tão útil, tem sido distorcido a ponto de, em determinadas situações, ferir a própria Constituição, como ressaltado no primeiro capítulo.

Pois bem, a celeuma quanto à natureza jurídica da astreinte não se iniciou no direito brasileiro. Como bem apontado por Débora Gomes Arca¹¹: já na França, país criador do instituto, a natureza jurídica da multa oscilava entre forma de compensação por descumprimento da obrigação – interpretação original do art. 1.142 do Código Napoleônico. Somente, posteriormente, se configurou como meio de vencer a resistência do devedor e obrigá-lo a cumprir com suas obrigações, conforme artigo 33, do capítulo II, da seção 6, da Lei francesa n. 91.650/92.

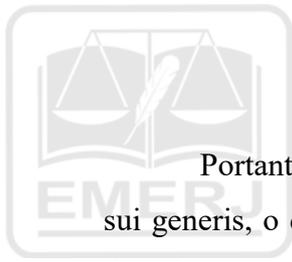
No Brasil, influenciado pela experiência francesa, a astreinte aparece pela primeira vez no art.1.005, do Código de processo civil de 1939, com a seguinte redação¹²: “Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação.”

A redação original, embora previsse incidência mais restrita do que a atual, já demonstrava que, ao mesmo tempo em que se desejava uma conduta própria do devedor, se limitava a multa ao valor da prestação.

¹⁰ Nesse sentido NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. Salvador: Juspodvim 2017, p. 1.193. e HARTMAN, RODOLFO. As astreintes e o seu tratamento pelo NCPCR. *R. Emerj*, Rio de Janeiro, v. 14, 2011, n. 54, p. 227-237, abr.-jun. 2011.

¹¹ ARCA, Débora. A Redução Do Valor Das Astreintes Vencidas À Luz Do Artigo 537 § 1º Do Código De Processo Civil De 2015 . *Revista do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da EMERJ*, Rio de Janeiro, n° 2017/6, página 1,26, 2017.

¹² BRASIL. Op. Cit., nota 2.



Portanto, em verdade, a astreinte surge no direito brasileiro com natureza híbrida ou *sui generis*, o que não é estranho, tendo em vista sua origem metamórfica no próprio direito francês que a inspirou.

Dessarte, defende-se aqui que, em um primeiro momento, teria natureza coercitiva e, caso o devedor realizasse a conduta ordenada, teria cumprido seu papel. Por outro lado, se não surtisse tal efeito, o que se constataria pela inércia do devedor, seu valor máximo seria o da prestação principal.

Ora, ao prever tal limite fica claro que a partir desse momento sua função seria a de perdas e danos. Se assim não fosse, para que limitar seu valor?

Dando continuidade a evolução legal, o Código de Processo Civil de 1973 trouxe previsão das astreinte no art.461 e 461 – A¹³, para garantir o cumprimento de decisões que determinassem obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, pela leitura dos referidos dispositivos é perceptível que se mantiveram as características híbridas do instituto. Ainda, no art. 461, §6, era permitida de ofício, a modificação do valor ou a periodicidade da multa, caso se verificasse que se tornou insuficiente ou excessiva.

Destaca-se, no entanto, que o novo Código de Processo Civil de 2015¹⁴, em seu artigo 537, trouxe alterações relevantes. O artigo afirma que a multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou ainda na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Já o parágrafo primeiro do dispositivo traz previsão de que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, ou caso o obrigado demonstre cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

O parágrafo segundo, por sua vez afirma que o valor da multa será devido ao exequente e não ao estado como em sistemas estrangeiros.

Ainda, pela leitura do referido dispositivo percebe-se que a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado favorável à parte.

Ademais a multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.



Por fim a norma legal ressalta que o disposto no art. 537, do Código de Processo Civil, aplica-se no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Pela redação supra nota-se que a lei permite que a multa seja aplicada: de ofício pelo juiz; em qualquer fase do processo; em prazo razoável para cumprimento do preceito (características que a aproximam da natureza de meio coercitivo fundada no poder geral do magistrado e na efetividade da tutela jurisdicional), e: em valor suficiente e compatível com a obrigação, o que a remete a função de perdas e danos ao exigir um balizamento na obrigação principal.

Dessarte, permite-se ao juiz modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso se verifique que se tornou insuficiente ou excessiva; ou justa causa para o descumprimento (reforçando seu caráter coercitivo).

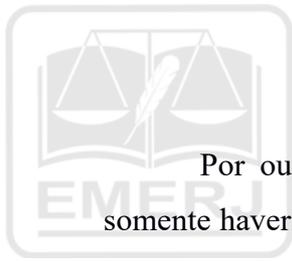
Por outro lado o parágrafo primeiro do artigo em cotejo permite as mesmas modificações se o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação (voltando a assemelhá-la as perdas e danos).

Assim, a nova redação do CPC, bem como as redações anteriores, refletem que a natureza jurídica da astreinte no direito brasileiro, data máxima vênia, não é e nunca foi inteiramente de perdas e danos nem de meio coercitivo, mas híbrida ou plástica, na medida em que se altera conforme a reação das partes em juízo, em um verdadeiro balanço processual.

Mas afinal qual a relevância prática de tal constatação? Ora, a definição da natureza jurídica do instituto está diretamente relacionada a sua aplicação harmônica com os valores constitucionais de segurança jurídica, efetividade processual e proporcionalidade.

Isso porque, se considerarmos, como o faz parte da doutrina¹⁵, que sua natureza é de forma de coerção, uma vez vencido o prazo fixado para cumprimento surge o direito de crédito do autor, direito esse que se incorpora ao patrimônio do autor e, portanto, configura direito adquirido. Assim, adotando-se tal entendimento não seria possível alterar ou excluir a multa vencida, salvo em casos de erro de fixação.

¹⁵ BRASIL. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n.º 0039701 – 07.2016.8.19.0000*. Relator: Desembargador Alexandre Câmara. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387141077/agravo-de-instrumento-ai-397010720168190000-rio-de-janeiro-nilopolis-2-vara-civel/inteiro-teor-387141085>>. Acesso em: 03 set. 2018.



Por outro lado, caso se entenda que a natureza da astreinte é de perdas e danos, somente haveria direito adquirido com o trânsito em julgado, de modo que poder-se-ia alterá-la em grau de recurso, inclusive quanto as vencidas.

Entendidas essas premissas, e definida a natureza jurídica mista das astreintes, no próximo capítulo serão analisadas sua aplicação pelo STJ, e os novos desafios hermenêuticos trazidos pela nova redação do CPC, que deixa ainda mais claro a necessidade da reinterpretação da natureza do instituto.

3. QUESTIONAMENTOS SOBRE O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA APLICAÇÃO DAS ASTREINTES DIANTE DO NOVO CPC

Como já suscitado é necessário partir da premissa de que a multa astreinte possui natureza híbrida, servindo ora como meio de coerção ora como perdas e danos. Seu uso portanto, deve considerar que, quando fixada, tem o intuito de coagir o devedor a realizar a prestação exigida. Após a fixação, caso o devedor se mantenha inerte cabe ao magistrado se perguntar: porque não houve manifestação do devedor? Essa questão é essencial para entendermos o momento em que a astreinte passa a ter natureza de perdas e danos e para que possamos aplicar o instituto corretamente.

Pois bem, diante da inércia pode ser que o valor fixado seja irrisório, que o devedor tenha entendido que vale mais a pena violar a ordem do que cumpri-la. Nesse caso cabe ao juiz majorar a multa, sempre tendo em vista que a ideia inicial desse instrumento é que ela não precise ser paga, pois o devedor deve preferir cumprir a decisão.

Normalmente, é o que deve fazer o magistrado, pois se a multa arbitrada fosse realmente impossível de ser cumprida, a ponto de o devedor desistir da obrigação, por óbvio haveria manifestação de seu advogado apontando nesse sentido.

Até então, portanto, a natureza da multa é de meio coercitivo. Neste ponto cabe uma segunda pergunta: durante a existência coercitiva das astreinte qual seria o lastro de manobra do magistrado? Seria possível reduzir as astreintes vencidas diante do atual ordenamento jurídico? E as vincendas? Nesse trabalho entende-se que nesse caso o magistrado, observando a inércia do devedor poderia majorar a multas incidindo o novo valor apenas nas multas vincendas, já que nesse momento a natureza das astreinte é de meio coercitivo.



Porém, como visto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁶ possui entendimento contrário crucial a esta análise. Para o tribunal a decisão que comina as astreintes não preclui e não faz coisa julgada, pelo que poderia ser cominada, alterada ou suprimida posteriormente, entendendo também que é possível a sua alteração quanto as vencidas. Logo, pelo raciocínio exposto o tribunal parece entender pela natureza jurídica coercitiva da multa, mas ao mesmo tempo permite a alteração das parcelas vincendas, o que, conforme dito, ofenderia o direito adquirido.

Neste ponto relembra-se que tal entendimento se deu à luz do CPC de 73¹⁷. O Atual CPC¹⁸ prevê expressamente a possibilidade de redução das astreintes vincendas, mas nada diz sobre as vencidas, conforme visto. Dessa forma, manter o atual entendimento diante do novo *codex* seria esquizofrênico, pois a própria redação é silente sobre a possibilidade de alteração das astreintes vencidas, o que coaduna a tese ora apresentada de que as astreintes devem ser utilizadas observando-se sua natureza jurídica mista.

Frisa-se que não se discute a possibilidade de alteração da astreinte vincendas, mas sim sobre as vencidas. Isso porque conforme exposto, nesse caso o direito ao crédito já teria nascido para o credor, constituindo portanto, direito adquirido.

Por isso defende-se que seria mais coerente, então, entender que a natureza jurídica da astreinte é mista, e a partir daí traçar parâmetros para seu uso sem ferir a lógica do ordenamento jurídico e seus princípios.

Assim, pode-se entender que durante a existência das astreintes como multa coercitiva, não deve essa ser reduzida após o vencimento, mas somente quanto as multas vincendas. Ao revés, caso inerte o devedor durante tempo irrazoável, mesmo após a alteração do valor das multas vincendas, deveria o juiz converter parte do valor atingido em perdas e danos. Esse por sua vez somente constitui direito do autor com o trânsito em julgado da decisão, podendo portanto ser alterado pelos tribunais.

Nesse caso não haverá ofensa ao direito adquirido. Cabe então, diante dessa constatação. Estabelecer os padrões adequados de aplicação do instituto como meio de coerção e como meio de perdas e danos, se assim estiver operando no caso concreto, a fim de prestigiar a segurança jurídica e ao mesmo tempo prestigiar a efetividade processual.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* nº 1333988. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes1f71e393b3809197ed66df836fe833e5?categoria=10&subcategoria=80>>. Acesso em: 03 set. 2018

¹⁷ BRASIL. *op.cit.*, nota 15

¹⁸ *Ibidem*.



Tal feito é uma árdua tarefa. Não raro é possível observar decisões contra grandes empresas que arbitram uma multa coercitiva no insignificante valor de R\$ 100 ou 500 reais por dia para uma simples obrigação de fazer¹⁹. Isso, por certo, desestimula o cumprimento da tutela jurídica, e instiga o desrespeito as decisões judiciais, e pior, passa a integrar os cálculos empresariais dos fornecedores como um valor que vale a pena ser pago, e pior, que é repassado ao consumidor.

Nesse sentido, Alexandre Câmara²⁰, que defende a natureza coercitiva das astreintes, leciona:

[...] de nada adiantaria, por exemplo, impor-se a uma grande instituição financeira uma multa diária de cem reais, pois isto nada seria se comparado aos ganhos diários que essa empresa tem. Sendo o devedor uma empresa como esta, a multa deve ser fixada em valores bastante altos. De outro lado, se o devedor é um assalariado que tem renda mensal de cinco salários mínimos, uma multa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por dia de atraso é, certamente, uma multa muito exagerada, e que não vai pressionar por ser, simplesmente, inexecutável (afinal, esse devedor provavelmente nem teria patrimônio suficiente para garantir o pagamento da multa já no caso de um único dia de atraso).

Portanto, enquanto sustentarem natureza coercitiva, as astreintes devem observar os parâmetros trazidos pelo ilustre desembargador. Porém, entende-se aqui, como dito, que quando a astreinte claramente perde sua função e sua natureza de coerção, passa a figurar como perdas e danos, o que exige exame de outros parâmetros.

Logo, quando a multa possuir essa última função, deve ser observado, aí sim, o valor do prejuízo obtido pelo autor com o descumprimento, a fim de evitar seu enriquecimento ilícito.

Nesse ponto observa-se que essa é uma preocupação do Superior tribunal, utilizada como argumento para redução das astreintes vencidas, mesmo que com a função de multa coercitiva o que não se defende nesse trabalho, como visto.

Assim, entende-se que tal critério deve ser utilizado apenas quando a multa é convertida em perdas e danos, pois caso contrário estar-se-ia chamando de enriquecimento sem causa, o enriquecimento gerado pela dissídia do réu, o que não deve, por óbvio, ser ignorado, pois se trata de verdadeira causa do enriquecimento do demandante.

¹⁹ A título de exemplo o seguinte acórdão: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n° 0040876-65.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador José Carlos Paes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004AB856014DDBE1D6E520660A0A1DC237CC50857283B0F>>. Acesso em: 09 set. 2018

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.



Ilustrando com um exemplo: O juiz condena o réu (grande empresa telefônica) a restabelecer a linha do autor, sob pena de multa diária de R\$1.000 (mil reais). A autora permanece inerte por 3 dias, gerando uma multa de R\$ 3.000,00 mil reais. Diante da inércia o juiz majora a multa pra R\$ 2.000,00 reais por dia.

Passados dois dias, a ré, então, recorre da decisão, mas somente cumpre a ordem após 4 dias do último arbitramento. Observa-se que após a alteração do valor a multa, de fato, teve o seu caráter coercitivo exercido.

Supõe-se então que o réu recorra da decisão que tenha arbitrado a segunda multa, requerendo a diminuição do valor a ser pago, o que seria de R\$ 11.000,00 (R\$ 3.000,00 reais do primeiro arbitramento e R\$ 8.000,00 do segundo). Nesse caso, observa-se que o valor arbitrado no primeiro despacho não exerceu a função coercitiva, logo possui natureza de perdas e danos pelo descumprimento da obrigação durante os três dias que a ré permaneceu inerte, enquanto a segunda parte, possui a natureza de multa coercitiva.

Nesse caso o valor da primeira parte da multa pode ser reduzido, caso o tribunal *ad quem* entenda pela existência de enriquecimento ilícito – ou seja, existe o lastro de R\$ 0 a R\$ 3.000,00 mil reais, que poderá ser revisto.

Já no caso da segunda decisão, a multa teve efetivamente o papel coercitivo exercido, pelo que poderia o tribunal, minorar o valor, mas apenas das multas vincendas tendo como marco a data do recurso, já que as vencidas integram o direito adquirido do autor. Portanto, aqui o tribunal não poderia reduzir as multas que se venceram antes da interposição do recurso, mas somente as posteriores até o cumprimento da decisão, o que no exemplo apresentado, se refere ao valor de R\$ 8.000,00 mil reais.

Segundo tal raciocínio compreende-se que seria possível a plicação das astreinte de acordo com o novo art.537 do novo CPC²¹, e com o instituto do direito adquirido trazido pela Constituição, sem deixar de lado a efetividade processual, pois ao fracionar a multa e entendendo que possui natureza jurídica diversa a depender do momento processual em que opera, haverá um lastro maior para o manejo judicial e ao mesmo tempo respeito aos referidos princípios.

²¹ BRASIL. Op.cit., nota 2.



O presente trabalho partiu do panorama atual da doutrina majoritária sobre a natureza jurídica das astreintes e sua função. Com isso demonstrou-se que prepondera na doutrina a natureza jurídica das astreinte como meio de coerção para cumprimento das decisões judiciais, de forma que, pela redação dada ao novo CPC seria possível apenas a redução das astreintes vencidas.

Apresentou-se também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cunhado sob a égide do CPC de 1973, acerca da aplicação das astreinte, confirmando que o tribunal, em que pese entender pela natureza jurídica conforme a doutrina majoritária, de forma contrária à segurança jurídica e ao direito adquirido, permite a redução dos valores das astreintes vencidas e vincendas.

Pelo raciocínio apresentado verificou-se que não era lógica a interpretação que era dada ao instituto pelo tribunal sob a égide do antigo CPC e muito menos o será diante da nova redação do art.537 do CPC, de modo que é necessária uma nova interpretação da natureza jurídica das astreinte a fim de amoldá-la ao novo CPC ao mesmo tempo em que respeita o direito adquirido da parte.

Portanto, sustentou-se que somente por meio da construção de uma natureza jurídica híbrida das astreinte é que seria possível conciliar a possibilidade de redução do montante final pago pelo demandado e ao mesmo tempo respeitar o direito adquirido do credor.

Verificou-se, então, que tal harmonização é realizada quando se entende que a multa possui natureza jurídica plástica, alterando-se conforme a reação do demandado.

Assim, foi exemplificado que arbitrada a multa, caso seja constatado que ela não foi suficiente a coerção do réu, o que se demonstra pela sua inércia, o valor acumulado pelo descumprimento deve ser entendido como perdas e danos, podendo esse montante ser alterado posteriormente, em grau de recurso, pois só integrará o patrimônio do credor, com o trânsito em julgado. Por outro lado, nesse momento será também verificada a insuficiência da multa, e o juiz majorará o valor inicialmente arbitrado, a fim de privilegiar o cumprimento da tutela específica, servindo aquele valor convertido apenas para indenizar o tempo em que o autor ficou privado do cumprimento. Pois então, a partir desse novo arbitramento será verificado se o réu cumprirá a decisão.

Observa-se, conforme foi explicado, que a natureza jurídica da astreinte e seu tratamento esta diretamente relacionado com a reação do demandado, pois em se mantendo



inerte constata-se que a astreinte não teve natureza de meio de coerção, restando apenas a sua função de ressarcir o autor pelo tempo de descumprimento.

Dessarte, somente a partir da reação do réu nos autos, informando cumprimento ou informando pela impossibilidade de cumprimento, ou ainda, apresentando recurso contra a decisão que majorou a multa, é que será possível aferir que a partir dessa decisão a multa passou a ter efetivamente função coercitiva.

Assim, recorrendo o réu da decisão verifica-se que somente poderão ser alterados os valores das multas vincendas no decorrer do processo, mas não das vencidas, pois estas conforme dito, são direito adquirido do credor. Também poderá ser alterado o valor da multa que cumpriu a função de perdas e danos, pois este, diferentemente daquele, não integra o patrimônio do autor até o trânsito em julgado.

Portanto, defendeu-se nesse trabalho que os valores que podem ser alterados em grau de recurso, sem que se ofenda o direito adquirido do autor, e de forma a não tornar inefetivo o processo, são os somatórios que incidirem com função de perdas e danos e os valores vincendos que foram arbitrados com função de multa coercitiva, entendendo-se assim que deve a jurisprudência do STJ se modernizar, nesse sentido, a fim de respeitar as balizas trazidas pelo novo CPC.

Com isso evita-se o subjetivismo do magistrado, que terá uma margem específica de manobra para efetivação do direito pleiteado.

REFERÊNCIAS

ARCA, Débora. A Redução Do Valor Das Astreintes Vencidas À Luz Do Artigo 537 § 1º Do Código De Processo Civil De 2015. *Revista do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da EMERJ*, Rio de Janeiro, n° 2017/6, página 1,26, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 set. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *REsp. n.º. 1333988*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes1f71e393b3809197ed66df836fe833e5?categoria=10&subcategoria=80>>. Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento. n.º. 0040876-65.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador José Carlos Paes. Disponível em:



<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspxUZIP=1&GEDID=0004AB856014DDBE1D6E520660A0A1DC237CC50857283B0F>>. Acesso em: 09 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento*. n.º 0012718-97.2018.8.19.0000. Relator: Desembargador Fernando Fernandy Fernandes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.002.16808>>. Acesso em: 09 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento*. n.º 0047177-28.2018.8.19.0000. Relator: Desembargador Marcelo Almeida de Moraes Marinho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.002.16808>>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento*. n.º 0049893-28.2018.8.19.0000. Relator: Desembargador Celso Silva Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.002.66414>>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento*. n.º 0367748-85.2011.8.19.0001. Relator: Desembargador Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.42073>>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação*. n.º 0367748-85.2011.8.19.0001. Relator: Desembargador Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.42073>>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação*. n.º 0010815-71.2016.8.19.0202. Relator: Desembargador Celso Silva Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.002.16808>>. Acesso em: 11 set. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18.ed. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2016.

_____, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. 11.ed. V. 2. Salvador: Juspodivum, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.



HARTMAN, RODOLFO. As astreintes e o seu tratamento pelo NCPCR. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 14, 2011, n. 54, p. 227-237, abr.-jun. 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: 2017.

_____, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9.ed. Salvador: Juspodivum, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



A MITIGAÇÃO DA NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA EM PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA

Rafaela Innecco Canelas

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo – a crise na economia brasileira afeta as mais diversas relações, tais quais as empresariais, fiscais, trabalhistas e consumeristas. A alta carga tributária no Brasil inviabiliza a continuidade das atividades empresariais e aumenta o inadimplemento fiscal, que resulta na inefetividade dos direitos sociais queridos pelo constituinte originário, no aumento do desemprego e na baixa qualidade de produtos e serviços no mercado, tendo em vista o monopólio criado pelas grandes empresas. Esse trabalho pretende abordar que o aumento da carga tributária não é a solução para reequilibrar a economia e demonstrar que o tratamento anti-isonômico dos incentivos fiscais às empresas de pequeno e grande porte viola o princípio da livre concorrência.

Palavras-chave – Direito Tributário. Direito Constitucional. Direito Empresarial. Direito Administrativo. Tributação. Sobrecarga tributária setorial. Inadimplência fiscal. Intervenção do Estado na economia. Princípio da livre concorrência. Regimes especiais tributários.

Sumário – Introdução. 1. A crise na economia: a inadimplência fiscal das empresas no Brasil como a grande causa do déficit orçamentário estatal e a consequente inefetividade da concretização dos direitos sociais. 2. A grave violação à livre concorrência no mercado brasileiro oriunda da alta tributação das empresas e do tratamento anti-isonômico dos regimes especiais fiscais. 3. A intervenção do Estado na economia em prol da igualdade de tratamento fiscal às empresas de modo a reestabelecer a livre concorrência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a necessidade da intervenção do Estado na economia em razão da grave crise financeira que o Brasil enfrenta, considerando que parte considerável do déficit orçamentário estatal é oriundo da inadimplência fiscal das empresas, que não conseguem suportar a alta carga tributária instituída pelo Estado.

A iniciativa privada sofre com as demasiadas cobranças fiscais que acabam por inviabilizar a continuidade da atividade empresarial da maioria das empresas no Brasil. Nota-se que há uma desproporcional cobrança de tributos, em observância à isonomia material dos contribuintes, haja vista que a cobrança afeta preponderantemente as empresas de pequeno e médio porte, enquanto as grandes empresas se fortificam em detrimento das demais, o que fere a livre concorrência, razão pela qual o Estado necessita intervir, com mitigação da neutralidade tributária, a fim de reequilibrar o mercado.

Ao longo do trabalho, o primeiro capítulo trata da inadimplência fiscal no Brasil, sob o ponto de vista de que o Estado é assistencialista e tem como principal fonte de custeio dos

serviços públicos os tributos. Em razão da grande demanda de serviços assistenciais, o Brasil tem uma das mais altas cargas tributárias do mundo, entretanto, os contribuintes não possuem capacidade financeira-contributiva para corresponder a essa contraprestação. Diante disso, a inadimplência desses contribuintes gera um grande déficit orçamentário para o Estado, que é obrigado a prestar os serviços sem arrecadação de receita.

Em seguida, o segundo capítulo discorre sobre a violação da livre concorrência no mercado, em decorrência da alta carga tributária cobrada que inviabiliza a continuidade sadia da atividade empresarial de pequenas e médias empresas. Por outro lado, as grandes empresas se reafirmam no mercado, conquistando verdadeiros monopólios setoriais, o que fere diretamente o ordenamento jurídico e suas políticas antitruste. Como consequência desse monopólio, fere-se a iniciativa privada e os direitos dos consumidores que, em razão da ausência de concorrência, são submetidos a preços altos e serviços de baixa qualidade.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a tese da necessidade de intervenção do Estado na economia a fim de reequilibrar a livre concorrência das empresas, com a criação de regimes especiais tributários para amenizar a crise econômica; apresentando, ao final, os benefícios que essa intervenção vai trazer para a economia do Brasil.

O presente artigo objetiva demonstrar que o aumento da carga tributária não é medida satisfatória para reequilibrar a crise econômica, mas pelo contrário faz agravar a crise, inviabilizando a continuidade das atividades empresariais. Além disso, pretende defender que as empresas beneficiadas pelos regimes especiais tributários poderão utilizar seus lucros para investir na expansão de suas atividades e melhoramento da qualidade de seus serviços, beneficiando as relações fiscais, econômicas e consumeristas. Por fim, o artigo visa comprovar que com o reequilíbrio da economia, as empresas poderão pagar suas dívidas tributárias e seguir adimplentes com as obrigações fiscais, que tem papel fundamental para arrecadação orçamentária estatal.

Desse modo, o trabalho vai ter como foco principal a pesquisa jurídica qualitativa, se valendo o pesquisador da exploração de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e principiológicas, acerca do tema proposto, a fim de verticalizar o conhecimento para sustentar sua tese.



1. A CRISE NA ECONOMIA: A INADIMPLÊNCIA FISCAL DAS EMPRESAS NO BRASIL COMO A GRANDE CAUSA DO DÉFICIT ORÇAMENTÁRIO ESTATAL E A CONSEQUENTE INEFETIVIDADE DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais, ou direitos de 3ª geração, foram implementados no Brasil pela Constituição Federal de 1934 e tiveram como marco histórico a Revolução Industrial. Esses direitos têm por finalidade o reequilíbrio da desigualdade social, com fulcro na dignidade da pessoa humana e no mínimo existencial.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 6º¹, os direitos sociais², que, por sua natureza, demandam uma prestação positiva do Estado, qual seja, a implementação de políticas públicas prestacionais para concretização dos direitos fundamentais estabelecidos pelo legislador constituinte.

Castro³ afirma que: “A busca por políticas públicas comprometidas com as prioridades definidas pelo constituinte faz com que sejam aferidos e enfrentados os problemas oriundos da escassez de recursos e das infinitudes de possibilidades de gatos”.

Para efetivação do bem comum o Estado precisa produzir receita e esta pode ser originária ou derivada. As receitas originárias são adquiridas através da exploração do próprio patrimônio estatal, já as receitas derivadas são obtidas por meio do exercício do império do Estado.

Os tributos são mecanismos de obtenção de receitas derivadas do Estado, tem como característica principal a finalidade fiscal e são considerados a principal fonte de custeio das políticas públicas.

Um país assistencialista como o Brasil, considerando a discrepante desigualdade social em sua imensa extensão territorial, requer alta arrecadação de receita e fontes de custeio para a concretização dos direitos prestacionais.

Razão pela qual os legisladores brasileiros criaram diversos tributos a fim de obter receita para prestação de serviços sociais regulares, eficientes, universais e contínuos realizados pelo Estado Democrático de Direito.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18 abril. 2018.

² Art. 6º da CRFB/88: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

³ CASTRO, Karina Brandão Alves. Direitos sociais: Vetor fundamental do orçamento contemporâneo. In: DOMINGUES, José Marcos (Org.). *Direito Financeiro e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: GZ, 2015, p. 231.



O Brasil é um dos países de maior carga tributária do mundo, todavia, a sua população não tem capacidade financeiro-contributiva para arcar com as despesas altíssimas do Estado, fator que explica o alto índice de inadimplência fiscal, o grande vilão do déficit orçamentário brasileiro.

Sem adentrar no mérito da má gestão do orçamento público pelas autoridades, a arrecadação da receita pública não vem sendo satisfatória para a realização da grande demanda de serviços assistenciais, o que leva à inefetividade da prestação dos serviços.

Segundo Novelino⁴:

o custo da implementação e as limitações orçamentárias do Estado são fatores que contribuem para a menor efetividade dos direitos prestacionais (status positivo) em comparação com os direitos de defesa (status negativo), para os quais o 'fator custo' não costuma ser invocado como elemento impeditivo à plena concretização.

Com a grave crise econômica nacional, o Governo tenta implementar medidas fiscais e orçamentárias para recuperação da economia nacional. Para tanto, prevê como solução o corte de despesas e o aumento da receita por meio da majoração de carga tributária.

Trata-se de um ciclo vicioso de aumento de tributos, o que agrava a inadimplência fiscal e aumenta o déficit do Estado, e este, por sua vez, não pode parar de prestar os serviços públicos essenciais, em razão do princípio do não retrocesso social⁵.

Além de afetar os serviços públicos, a crise na economia interfere em todas as relações da sociedade, em especial as consumeristas e empresariais.

Um dos setores que merece destaque por ser um dos mais afetados atualmente é o empresarial.

Com o grande fomento do Estado aos empreendedores e às pequenas empresas, o Brasil avançou nas últimas décadas. No entanto, não basta incentivar a criação de novas empresas sem dar o apoio para que elas mantenham suas atividades.

Em que pese haja fomento do Estado a novos empreendedores no mercado, a maioria deles encerram suas atividades em poucos meses. A sobrecarga tributária impede que uma empresa no Brasil consiga seguir sua atividade profissional estando adimplente com as obrigações tributárias.

⁴ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 479.

⁵ O princípio do não retrocesso social está implícito na CRFB/88 e tem como base a dignidade da pessoa humana; esse princípio decorre do Estado Democrático de Direito e traduz a ideia de que o Estado não pode suprimir ou regredir direitos sociais já concretizados.



Algumas empresas sobrevivem por algum tempo, pois escolhem usar o lucro inicial de seu empreendimento com o melhoramento do serviço e dos produtos, deixando de lado os pagamentos das taxas e tributos cobrados pelos diversos entes estatais.

No entanto, não suportam por muito tempo viver na irregularidade, sobretudo porque o Fisco possui diversos métodos coercitivos de cobrança que acabam por inviabilizar a continuidade da atividade empresarial.

Por conseguinte, também não parece ser a solução para a crise o Regime Especial de Fiscalização, pois a cobrança coercitiva que inviabiliza o próprio exercício da atividade empresarial fere à livre iniciativa, à livre concorrência e, também, aos entendimentos sumulados do Superior Tribunal Federal⁶.

A atual crise econômica está longe de ser solucionada e atitudes como o aumento de tributos e sobrecarga de cobrança tem apenas o condão de agravar a situação econômica do país, indo de encontro aos princípios constitucionais institucionalizadores do Estado Democrático de Direito.

2. A GRAVE VIOLAÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA NO MERCADO BRASILEIRO ORIUNDA DA ALTA TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS E DO TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO DOS REGIMES ESPECIAIS FISCAIS

Os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência, como fundamentos do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica, são pilares da economia nacional, servindo como norte aos legisladores infraconstitucionais.

A livre-iniciativa é o princípio segundo o qual todos os indivíduos têm direito ao pleno exercício das atividades econômicas, fator primordial na circulação de bens e serviços, sendo base fundamental na economia nacional.

No entanto, tal princípio não pode ser considerado absoluto. O Estado, como regulador da ordem econômica, pode impor algumas restrições legais para o exercício de certas atividades e tais imposições fazem parte do controle de um mercado sadio e a preservação da efetividade de certos serviços, respeitando os princípios da liberdade, igualdade, e proporcionalidade, ponderando os valores da livre-iniciativa e da livre concorrência.

⁶ BRASIL. Enunciado de súmula nº 70 do STF, de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=70>. NUME.NAOS.FLSV. & base = baseSumulas> Acesso em: 18 de abril de 2018.

Segundo Tomazette⁷:

a livre concorrência não é uma consequência natural da livre-iniciativa, cabendo ao Estado intervir para assegurar a existência da livre concorrência e, conseqüentemente, assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. O princípio da livre concorrência é, pois, um instrumento para se atingir a tão almejada justiça social, dando à livre-iniciativa os contornos de correntes da função social da propriedade. Sendo um instrumento, a livre concorrência também não é um valor absoluto, podendo ceder espaço a valores de maior importância.

Em prol da concorrência perfeita, o Estado deve efetivar o direito à livre-iniciativa, a fim de permitir o livre ingresso de novos empreendedores nos diversos ramos empresariais. Primeiro, porque o Brasil é um país de dimensões continentais e sua imensa população configura grande demanda que requer grande oferta. Segundo, porque com a variedade de fornecedores no mesmo ramo de atividade aumenta-se a qualidade dos serviços, impede-se a elevação arbitrária de preços e evita-se os monopólios setoriais.

Ainda assim, não basta o Estado promover a liberdade, deve, também, estabelecer mecanismos para manter o mercado sadio.

A ordem econômica atinge sua maior efetividade quando o mercado é livre e ao mesmo tempo concorrente. O mercado sadio é aquele que os entes são livres para impor seus preços e seus produtos, escolher seus consumidores, mas, ao mesmo tempo, sofrem limites e imposições dos próprios entes concorrentes da cadeia mercantil, o que torna os serviços qualitativamente melhores para os consumidores.

De forma a assegurar a liberdade e a concorrência justa na economia, a Carta Magna elenca os princípios da atividade econômica, previstos em seu artigo 170⁸, tais quais: a livre concorrência, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte, entre outros.

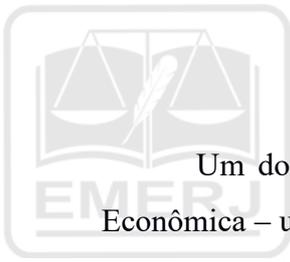
Com fulcro nesse dispositivo o legislador criou diversos mecanismos legais com o intuito de ampliar e concretizar os direitos previstos e queridos pelo constituinte originário.

A Lei Antitruste, nº 12.529/11⁹, por exemplo, foi criada com o fim de regularizar e fiscalizar as atividades econômicas, criando órgãos e mecanismos de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, como forma de regulamentar a livre concorrência.

⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 663.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹ Idem. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 18 set. 2018.



Um dos órgãos criados pela lei foi o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – uma autarquia federal que tem o papel primordial de fiscalizar, controlar e punir atos empresariais em todas as suas formas, em proteção à livre concorrência.

Em que pese existam instrumentos em proteção à livre concorrência e à atividade econômica, parece que não há a verdadeira efetivação desses mecanismos.

Em se tratando das cargas tributárias, percebe-se que o que ocorre atualmente é o oposto do que foi desejado pelo constituinte. O tratamento diferenciado que se referiu no artigo 170 da CRFB/88¹⁰ seria para beneficiar a atividade empresarial das pequenas empresas, de forma a incentivar, fomentar e possibilitar o seu exercício com igualdade de condições perante as grandes empresas do mercado.

No entanto, as cargas tributárias são arbitrariamente elevadas a cada exercício financeiro e os mecanismos que deveriam ser utilizados para facilitar a atividade empresarial são abdicados em detrimento dos mecanismos de cobrança devastadores utilizados pelo Fisco.

Percebe-se que a alta carga tributária tem afetado principalmente as pequenas empresas o que fere flagrantemente a livre concorrência, entre outros diversos direitos constitucionais, tais quais, a igualdade, a liberdade e a isonomia.

A diferenciação de cobranças de tributos fere diretamente à livre concorrência, haja vista que atualmente as grandes empresas, que devem milhões para o Fisco, sabem, principalmente através de programas de *compliance*¹¹, que sempre serão beneficiadas com regimes especiais tributários e poderão parcelar seus créditos por parcelas infinitamente intermináveis.

Em contrapartida, microempresas e empresas de pequeno porte são beneficiadas pelo sistema do Simples Nacional, Lei Complementar nº 123/06¹², que estabelece normas relativas ao tratamento diferenciado, favorecido e simplificado dispensado especialmente no que se refere à apuração e recolhimento de impostos e contribuições dos entes. Entretanto, quando se tornam devedoras de tributos não são favorecidas com qualquer espécie de regime especial.

O Brasil se encontra em uma flagrante violação à livre concorrência, pois apenas as grandes empresas são agraciadas pelos regimes especiais de inadimplemento, enquanto as pequenas empresas, que deveriam ser objeto primordial de tutela na ordem econômica, não

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹ Programa de *compliance* é a atividade de assegurar que a empresa está cumprindo à risca todas as imposições dos órgãos de regulamentação, dentro de todos os padrões exigidos de seu segmento. E isso vale para as esferas trabalhista, fiscal, contábil, financeira, ambiental, jurídica, previdenciária, ética, etc.

¹² BRASIL. *Lei Complementar nº 123*, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm> Acesso em: 18 set. 2018.



são incluídas nesses regimes especiais, são excluídas do Simples pelo inadimplemento e acabam por encerrar suas atividades em pouco tempo de exercício empresarial.

Ressalta-se, ainda, que tais condutas incentivam a prática do inadimplemento das grandes empresas e também dos crimes tributários. Trata-se de um efeito espiral, que não incentiva o pagamento espontâneo dos tributos e aumenta cada vez mais o déficit orçamentário, diminuindo proporcionalmente a efetividade dos serviços públicos impostos pela Constituição Federal.

3. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA EM PROL DA IGUALDADE DE TRATAMENTO FISCAL ÀS EMPRESAS DE MODO A REESTABELEECER A LIVRE CONCORRÊNCIA

Percebe-se que a injusta e anti-isonômica forma de tributação brasileira impede as empresas nacionais de competirem em igualdade de condições no território nacional, o que obsta o crescimento da economia brasileira e agrava a crise setorial, razão pela qual a intervenção do Estado se faz necessária.

Segundo Oliveira¹³

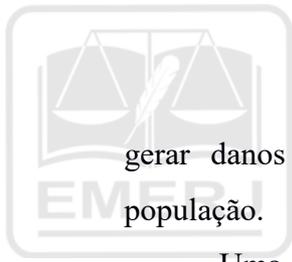
a evolução do Estado na economia sofreu transformações ao longo do tempo. A primeira fase foi o Estado Liberal de Direito, onde havia ausência de interferência estatal direta na ordem econômica que seria regulada pela “mão invisível” do mercado. A segunda fase, que ocorreu após a 2ª Guerra Mundial, foi o Estado Social de Direito, que é marcada pela intervenção estatal na economia por meio da prestação direta das atividades econômicas na tentativa de reequilibrar a desigualdade material entre os indivíduos. E, por fim, a terceira fase e atual é a do Estado Democrático de Direito, também denominado Estado regulador.

No Estado Democrático de Direito o Estado é considerado agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, conforme artigo 174 da CRFB/88¹⁴.

Entretanto, a regulação na atividade econômica somente ocorrerá se identificada alguma das falhas no mercado, que ocorre quando há uma situação capaz de, potencialmente,

¹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 529.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.



gerar danos ao processo competitivo no mercado e ao bem-estar socioeconômico da população.

Uma das falhas do mercado que pode ensejar a intervenção do Estado Regulador é justamente a deficiência na concorrência, ou concentração, que ocorre quando no mercado não há uma disputa saudável e equilibrada entre os agentes econômicos.

Sendo assim, percebe-se que o Brasil se encontra em uma flagrante violação à livre concorrência, que configura uma falha no mercado capaz de ensejar a competência regulatória do Estado nas modalidades fiscalização, incentivo e planejamento.

Na função de planejamento, com fulcro no princípio da eficiência, o Estado deve buscar o desenvolvimento nacional equilibrado, de forma que todos os setores atuem em igualdade de condições, tendo como propósito selecionar objetivos, indicar meios e estabelecer metas a serem implementadas pela atuação estatal.

Na mesma toada, na função de fiscalização o Estado deve reprimir as arbitrariedades dos agentes que visem à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Os regimes especiais fiscais, por sua vez, são concedidos pelo Estado às empresas, como forma de amenizar o déficit orçamentário estatal e movimentar o mercado, facilitando o pagamento dos débitos tributários das empresas, de modo a concretizar a sua função de incentivo no papel de Estado Regulador.

No entanto, a atividade de fomento representa um dever do Estado que deve ser exercido dentro dos limites fixados pela ordem jurídica, que exige reserva legal para alguns instrumentos específicos.

A Constituição Federal prevê que os benefícios tributários devem ser concedidos por meio de lei específica federal, estadual ou municipal, conforme artigo 150, parágrafo 6^a da CRFB/88.¹⁵

Adota-se no Brasil o Sistema dos Freios e Contrapesos, pelo qual se faz necessário que todo projeto de lei perpassse pelos poderes Legislativo e Executivo. O primeiro para votação nas duas casas do Congresso Nacional, composta por representantes do povo na Câmara de Deputados e representantes dos estados brasileiros no Senado Federal. Após isso, o projeto

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

deve prosseguir para análise do Poder Executivo para sanção ou veto, conforme artigo 65 da CRFB/88¹⁶.

É forçoso reconhecer que o Brasil se encontra em uma crise de instâncias, em que os poderes não se comunicam e não cooperam entre si, em que pese esse tenha sido o desejo do constituinte originário.

O poder legislativo tentou criar uma lei, Projeto de Lei nº 171/2015¹⁷, com o intuito de beneficiar as empresas optantes pelo Simples Nacional com regimes especiais fiscais. No entanto, o atual presidente da República, Sr. Michel Temer, vetou a promulgação do projeto de lei com o fundamento de que a medida feria a Lei de Responsabilidade Fiscal ao não prever a origem dos recursos que cobririam os descontos. Com isso, as micro e pequenas empresas foram excluídas do Simples Nacional em razão do inadimplemento fiscal.

Essa decisão foi duramente criticada pelos parlamentares, tendo em vista que em 2017 o governo sancionou a lei que garantiu o refinanciamento às grandes empresas, o que fere flagrantemente a isonomia.

Ressalta-se que a permissibilidade constitucional sobre a disponibilidade do patrimônio público por meio de lei advém da ideia de que o próprio povo, titular do poder, é quem a concede através de seus representantes, conforme os ditames do art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88¹⁸. De todo modo, o Estado existe para a consecução do bem comum, com a vinculação deste ao povo que habita o território que lhe compõe.

Nesse sentido, a Constituição Federal prevê, no artigo 66, parágrafo 4º¹⁹, que o veto pode ser revisto em sessão conjunta, podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores e enviado para promulgação do Presidente da República.

Com fulcro nesse dispositivo, o veto ao Projeto de Lei foi derrubado pelo Congresso Nacional em abril de 2018 e entrou em vigor a Lei Complementar 162/18²⁰, que institui o Refis para micro e pequenas empresas.

Entretanto, como o veto do Presidente da República ocorreu em janeiro, mesmo mês em que as microempresas foram excluídas do Simples Nacional, tais empresas estariam impossibilitadas a aderir ao Refis instituído pela LC 162/2018²¹.

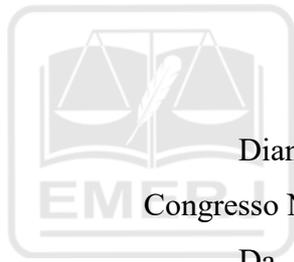
¹⁶ Ibidem.

¹⁷ BRASIL. *Projeto de Lei nº 171*, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805641#marcao_conteudo-portal> Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁸ Idem, op. cit., nota 1.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ BRASIL. *Lei Complementar nº 162*, de 6 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp162.htm> Acesso em: 18 set. 2018.



Diante disso, outros Projetos de Lei, nº 76/2018²² e nº 500/2018²³, foram iniciados no Congresso Nacional, com o fim de permitir a adesão ao Refis dessas empresas excluídas.

Da mesma forma, o Presidente da República vetou o PL nº 76/2018²⁴ sob o fundamento de que o retorno dos inadimplentes ampliaria a renúncia de receita, prejudicando os atuais esforços de consolidação fiscal.

Em reação legislativa o Congresso Nacional iniciou o PL nº 500/2018²⁵ com o intuito de alterar a LC nº 162/2018²⁶ para permitir a inclusão das empresas excluídas do Simples Nacional em razão do inadimplemento fiscal. Este projeto de lei já foi aprovado pelas Comissões da Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

Nota-se que, de fato, o Poder Legislativo tem trabalhado em prol das micro e pequenas empresas, com vistas a combater o tratamento anti-isonômico que atualmente ocorre no Brasil.

A medida merece destaque do ponto de vista econômico, uma vez que servirá de incentivo financeiro às empresas geradoras de emprego, que poderão administrar suas dívidas tributárias e prosseguir com o desenvolvimento de sua atividade, movimentando a economia no setor global.

Por conseguinte, percebe-se o início de uma reação estatal contra as condutas abusivas e anti-isonômicas praticadas no setor empresarial, na tentativa do reestabelecimento da livre concorrência no mercado brasileiro, tendo em vista que um mercado sadio somente traz benefícios a todos os setores da economia, tais quais, o melhoramento de serviços, a geração de empregos, o combate ao déficit orçamentário estatal e a promoção dos direitos sociais estabelecidos pela Carta Magna²⁷.

²¹ Ibidem.

²² BRASIL. Projeto de Lei nº 76, de 17 de julho de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133779>> Acesso em: 18 set. 2018.

²³ Idem. Projeto de Lei nº 500, de 2 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2173680>> Acesso em: 18 set. 2018.

²⁴ Idem, op. cit., nota 22.

²⁵ Idem, op. cit., nota 23.

²⁶ Idem. *Lei Complementar nº 162*, de 6 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp162.htm> Acesso em: 18 set. 2018.

²⁷ Idem, op. cit., nota 1.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou que o inadimplemento fiscal é a grande causa do déficit orçamentário estatal, o que impede a prestação efetiva de serviços sociais pelo Estado Social Democrático de Direito.

O Brasil, como um país de dimensões continentais, falha na prestação dos serviços sociais porque a arrecadação fiscal, que é uma das principais fontes de custeio para a prestação de tais serviços, é deficitária. A alta carga tributária é incompatível com a capacidade contributiva de sua população.

Com vistas a movimentar a economia o Estado aumenta as cargas tributárias e fortifica as cobranças das dívidas fiscais, no entanto, isso gera o efeito oposto, inviabiliza a continuidade de atividades empresariais, aumenta o desemprego, diminui a qualidade de produtos e serviços pela falta de concorrência, gera o aumento dos monopólios setoriais das grandes empresas, e resulta na permanência da inefetividade das prestações dos serviços sociais.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que o tratamento anti-isonômico às empresas brasileiras, pela concessão de regimes especiais tributários somente para as empresas de grande porte, fere diretamente a livre concorrência.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que o Estado deve intervir na economia de forma a reestabelecer o mercado sadio, em prol da livre iniciativa e livre concorrência, a fim de reequilibrar as relações empresariais, fiscais, consumeristas, trabalhistas e econômicas.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que os regimes especiais tributários são mitigações ao princípio da neutralidade tributária, no entanto, essa mitigação deve ocorrer de forma a fomentar a economia e a livre concorrência e não incentivar a formação de monopólios setoriais.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que as pequenas e médias empresas têm grande importância na economia brasileira e devem ter tratamento favorecido, porque esse foi o desejo do constituinte originário.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que o Estado deve intervir na economia para reforçar o tratamento favorecido as pequenas e médias



empresas, com vistas a mitigar a neutralidade tributária, de forma a criar regimes especiais tributários que permita o reestabelecimento dessas empresas.

Um mercado sadio é aquele em que os participantes da cadeia econômica são livres para escolher suas atividades e estabelecer seus preços, mas a concorrência com os outros integrantes da cadeia faz com que a qualidade dos produtos e serviços aumente.

Percebe-se que o Poder Legislativo iniciou uma reação, através da elaboração de lei, contra essas práticas e abusos realizados pelo Estado, com o intuito de conceder regimes especiais de parcelamento de dívidas tributárias às empresas pequenas e médias participantes do Simples Nacional, da mesma forma que é concedido tal benefício às empresas de grande porte.

Esse é o começo de uma reação que vai demandar força e coragem para combater as grandes empresas financiadoras de diversas atividades no Brasil, que acabariam por perder parte do seu espaço na economia.

De toda forma, não há outra solução para que sejam cumpridos os princípios e mandamentos elencados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tornando eficaz e concreto o desejo do constituinte originário.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

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

_____. Lei Complementar nº 162, de 6 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp162.htm> Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Projeto de Lei da Câmara nº 76 de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133779>> Acesso em: 18 set. 2018.

CARNEIRO, Cláudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORREIA NETO, Celso de Barros. *Controle formal de benefícios fiscais prevalece no Supremo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-14/observatorio-constitucional-supremo-prevalece-controle-formal-beneficios-fiscais>>. Acesso em: 23 abr. 2018.



DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. *Estado de Direito e controle estratégico de contas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

DUTRA, Pedro. *Regulação, concorrência e a crise brasileira*. São Paulo: Singular, 2017.

FARO, Maurício Pereira; ROCHA, Sérgio André. *Neutralidade tributária para consolidar concorrência*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-21/neutralidade-tributaria-fator-fundamental-livre-concorrenca>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

FELISMINO, Sílvia Helena de Alencar, et. al. *Alternativas para enfrentar a Crise Fiscal: propostas dos analistas-tributários da Receita Federal do Brasil*. Disponível em: <<http://sindireceita.org.br/wp-content/uploads/2015/10/Alternativas-para-enfrentar-a-crise-fiscal-versao-final.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

GRADVOHL, Michel André Bezerra Lima. *Direito Constitucional Financeiro: direitos fundamentais e orçamento público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

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

MENDONÇA, José Vicente Santos. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

PIMENTA, Guilherme. *Incerteza nos regimes especiais reduz segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/incerteza-nos-regimes-especiais-reduz-seguranca-juridica-15052017>> Acesso em: 18 set. 2018.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 2. ed. rev. e atual. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.



BIOGRAFIA NÃO AUTORIZADA: PARÂMETROS PARA REPARAÇÃO EFICAZ DE DANOS E ARRECADAÇÃO CONJUNTA DE DIREITOS AUTORAIS

Rafaela Moura Gruner

Graduada pela Universidade Católica de Petrópolis. Pós-graduada em Direito *Lato Sensu* pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a desproporcional violação ao direito à honra nas biografias não autorizadas em nome da liberdade de expressão é patente. O tema exige novos posicionamentos e reformulação do ordenamento jurídico. Verifica-se o atentado ao direito fundamental em si, o quantum indenizatório que não cumpre a função compensatória ou preventiva, além do enriquecimento indevido do biografado às custas do biografado. A essência do trabalho é comprovar a deformação de solução constitucional para conflitos de direitos fundamentais, demonstrar a viabilidade da divisão de direitos autorais e apontar novos parâmetros para a reparação eficaz de danos.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Civil. Biografia não autorizada. Responsabilidade civil e direitos autorais.

Sumário – Introdução. 1. Do tratamento da liberdade de expressão como posição preferencial na resolução de conflitos de direitos fundamentais. 2. Da possibilidade jurídica de arrecadação do biografado com direitos autorais decorrentes da biografia. 3. Dos parâmetros para reparação eficaz de danos à honra. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute parâmetros para reparação eficaz de danos e arrecadação conjunta de direitos autorais no âmbito das biografias não autorizadas. Procura-se demonstrar que há uma ineficácia protetiva do direito a honra diante do direito de liberdade de expressão, de modo a exigir novos posicionamentos e reformulação do ordenamento jurídico.

Para tanto, o trabalho enfoca no atentado ao direito a honra em si, no *quantum* indenizatório que não cumpre a função compensatória ou preventiva, além do enriquecimento indevido do biografado às custas do biografado, o que caracteriza arbítrio da liberdade sobre a honra e conseqüente deformação da solução constitucional para a colisão de direitos fundamentais.

Após longa tramitação e amplo debate em audiências públicas, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação constitucional aos artigos 20 e 21 do Código Civil, para efeito de vedar seja a publicação de uma biografia condicionada à prévia

autorização do biografado. Dessa forma, caso o biografado entenda que seus direitos foram violados pela publicação, terá direito à reparação por meio de indenização pecuniária.

Diante disso, o Poder Judiciário tem mantido, como parâmetro, quando condena alguém por danos morais, a fixação em patamar não superior a 20 salários mínimos; e, na seara criminal, a questão resolve-se nos juizados especiais - considerando as sanções cominadas. Ocorre, portanto, verdadeira carta branca para o biógrafo ante o desestímulo em desrespeitar a honra alheia, na medida em que a indenização se faz vantajosa e ínfima perante arrecadação vultuosa fruto da obra.

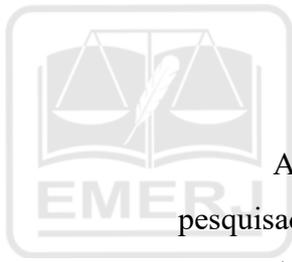
Além disso, a arrecadação é exclusiva do biógrafo, percebida dos lucros auferidos com direitos autorais, que, em última análise, são provenientes de notoriedade conquistada pelo biografado. Afinal, o interesse em biografar não se dá no contexto de desconhecidos, mas de personalidades ilustres que construíram um verdadeiro legado cultural, profissional, intelectual ou artístico, isto é, um verdadeiro patrimônio pessoal e intransferível ao longo de sua história.

Para melhor compreender o tema, busca-se despertar a atenção para o tratamento da liberdade de expressão como uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros direitos fundamentais. Pretende-se, ainda, pesquisar a possibilidade de divisão de direitos autorais e buscar parâmetros que poderiam ser aplicáveis para reparação de dano que atinja a função compensatória e preventiva quando se trata de personalidades de notória exposição pública.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho examinando se haveria compatibilidade da posição preferencial do direito à liberdade com os princípios constitucionais de solução de conflitos de direitos fundamentais, a saber, uma rigorosa avaliação dos direitos e bens jurídicos contrapostos e dos níveis de afetação dos mesmos, ademais de um cuidadoso teste de proporcionalidade e outros critérios aplicáveis.

O segundo capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação, com fundamentos jurídicos sólidos, da divisão de direitos autorais ao caso das biografias não autorizadas, no mínimo, em igualdade de condições, ou, com preponderância para o biografado, tendo em vista que, em última instância, é a razão de ser da demanda por sua biografia.

Segue-se ponderando, no terceiro capítulo, acerca de parâmetros que poderiam ser aplicáveis para reparação de dano afim de atingir a função compensatória e preventiva do dano moral quando se trata de personalidades de notória exposição pública, tendo em vista uma maior efetividade dos preceitos constitucionais protetivos do direito à honra.



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.

Por conseguinte, 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 (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. DO TRATAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO POSIÇÃO PREFERENCIAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No exercício de direitos fundamentais é comum a ocorrência de confrontos, especialmente no tocante ao direito de informar e os direitos de personalidade. Ressalvados os casos indispensáveis de publicidade crítica democrática, não são raros os casos em que a biografia se oponha a vedação da inviolabilidade da honra de figuras públicas. Diante dessa provável colisão de direitos fundamentais, deve-se partir da premissa essencial ao exame da questão abordada no presente capítulo de que no Direito Brasileiro não há relação de hierarquia entre os direitos da personalidade e da liberdade de expressão, de modo que nenhum deles pode ser considerado em absoluto.

Ao se deparar com a antinomia real de normas, em que há oposição entre duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes em um mesmo âmbito normativo, deve-se recorrer a uma solução de “juízo de ponderação” que, segundo Godoy¹, deverá ser feito na análise do caso concreto, para prossecução de um fim legítimo a ser atingido por meios idôneos.

No caso de conflitos entre direitos, o ministro Marco Aurélio Mello² analisa decisões do Supremo Tribunal Federal de modo a concluir pela predominância de uma

¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2015.

² MELLO apud MIRANDA, Jorge (Coord.). *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016, p.30.

interpretação em busca de harmonia, dando peso maior a um ou a outro direito por meio de pronunciamentos motivados que levam em conta, entre outros elementos não menos importantes, contextos históricos para justificar a evolução de aplicação dos direitos fundamentais.

Quando se fala de liberdade de expressão, defende-se que tal direito desfruta de uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais. Significa dizer que, conforme posição do ministro Luís Roberto Barroso³, como regra geral, não se admitirá a limitação do direito de liberdade, tendo-se em conta a já mencionada posição preferencial de que essas garantias gozam.

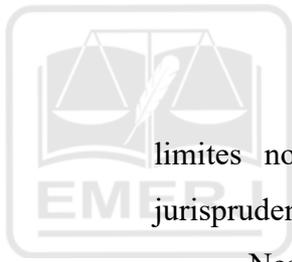
O fundamento desse posicionamento se dá porque historicamente as liberdades em geral foram objeto da mais detalhada positivação, mas também passaram a corresponder, de acordo com o texto constitucional, ao patamar de reconhecimento e proteção compatível com um autêntico Estado Democrático de Direito no âmbito da Constituição Federal de 1988.

Ainda que justificável e aplaudível tal linha de entendimento, a atribuição de uma função de preferência à liberdade de expressão não parece compatível com as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, em que a nenhum direito deve assumir uma prévia posição na arquitetura dos direitos fundamentais.

A doutrina da posição preferencial significa, pois, verdadeira hierarquização dos Direitos Fundamentais e a inserção de alguns em posição privilegiada em relação a outros. Em que pese todos possuírem caráter de fundamentabilidade, uns são apostos em local privilegiado, tomados como de maior peso de per se. Dessa forma, os Direitos Fundamentais que assumem o mais alto posto na hierarquização correspondem aos dotados de posição preferencial. Diante da privação destes, haverá uso do escrutínio estrito; na ausência deles, o teste da mera razoabilidade.

De fato, a liberdade de expressão é estruturalmente incompatível com regimes de censura, licença ou autorização prévia. No entanto, a vedação de toda e qualquer censura por si só não tem o condão de atribuir à liberdade de expressão a tal posição de primazia na medida em que nenhum direito pode ser absoluto, como já mencionado, e encontra

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 22.238 MC/RJ*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Liberdade-de-expressao-Rcl-22328-1.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2018, p.15.



limites no exercício de outros direitos fundamentais, indo de encontro à tese jurisprudencial.

Nesse contexto de hermenêutica constitucional, há vozes que critiquem a discricionariedade nas teses neoconstitucionalistas da jurisprudência, uma vez que subvertem o constitucionalismo do pós-guerra que, ao contrário do que ocasionalmente ocorre na prática, tem a função de propiciar condições para a efetiva realização dos conteúdos materiais dos textos normativos (constituições). Nesse sentido, afirma Lenio Streck⁴ que:

(...) passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse neoconstitucionalismo acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição.

Portanto, conforme bem explicita Canotilho⁵, o regime brasileiro admite restrições ao direito de liberdade desde que estejam no interior da própria Constituição Federal e se sujeitem a um princípio de excepcionalidade e de ponderação proporcional de direitos e interesses constitucionalmente protegidos, devidamente fundamentadas, sujeitas a uma metódica de ponderação de direitos e interesses em presença, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Por todo o exposto, não parece razoável a outorga à liberdade de expressão uma posição inicial de vantagem no caso de conflitos com outros direitos fundamentais, exigindo, pelo contrário, uma rigorosa avaliação dos direitos e bens jurídicos contrapostos e dos níveis de afetação dos mesmos, ademais de um cuidadoso teste de proporcionalidade, observando-se sempre a proibição de toda e qualquer censura prévia.

Em outras palavras, a liberdade de expressão como fundamento para a permissão de biografias não autorizadas não justifica a descon siderações do direito a honra da pessoa humana. No entanto, apesar da inexistência de uma base teórica para a hierarquização dos Direitos Fundamentais, é prática da jurisprudência introjetar nos direitos de liberdades um peso maior, uma posição avantajada em relação aos demais Direitos Fundamentais assegurados constitucionalmente, de modo que o direito a honra arca com uma redução unilateral que culmina à exposição de eventual violação, que poderá ser supostamente remediada *a posteriore* ao dano já produzido.

⁴ STRECK apud MIRANDA, op. cit., p.121.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes (José Joaquim); MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2015, p.30.

2. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ARRECADAÇÃO DO BIOGRAFADO COM DIREITOS AUTORAIS DECORRENTES DA BIOGRAFIA

Os direitos autorais passaram por importante evolução histórica na legislação brasileira, vindo a serem efetivamente examinados na Constituição de 1891, e consolidados, mais tarde, com o advento do código Civil de 1916. Já na Constituição Federal de 1988, a proteção autoral foi incluída em seu artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, no entanto, o regramento se encontrava em diversas leis esparsas. Diante disso, o Brasil editou em 1998 a Lei nº 9.610, Lei Brasileira de Direitos Autorais (LDA), que além de unificar toda a matéria, veio para tentar atender as modernidades tecnológicas e desenvolver novos meios jurídicos que garantam a proteção dos direitos autorais.

Direito autoral, por oportuno, é um conjunto de prerrogativas conferidas por lei à pessoa física ou jurídica criadora da obra intelectual, para que ela possa gozar dos benefícios morais e patrimoniais resultantes da exploração de suas criações. De acordo com as lições de Ascensão⁶:

o direito de autor é justificado pela tutela da criação e não pela repressão da imitação. (...). A tutela da criação literária e artística faz-se basicamente pela outorga de um exclusivo. A atividade de exploração econômica da obra, que de outro modo seria livre, passa a ficar reservada para o titular. Deste modo se visa compensar o autor pelo contributivo criativo trazido à sociedade. Por isso, esta aceita o ônus que representa a imposição do exclusivo.

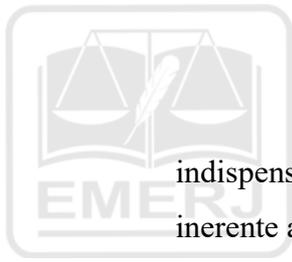
A faculdade patrimonial advinda do direito de autor tem o sentido de reservar para ele as vantagens econômicas derivadas da exploração da obra. Esclarece Bittar⁷ que: “os direitos patrimoniais decorrem de utilizações econômicas realizadas no mundo negocial, provocando a circulação da obra e criando direitos sucessivos, utilização autônoma de direitos patrimoniais e a incidência de várias receitas”.

Nesse contexto, como os aludidos direitos somente cabem a quem seja autor da obra literária, artística ou científica, nos termos do artigo 29 da LDA⁸, faz-se

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 3.

⁷ BITTAR apud PAESANI, Liliana Minardi. *Manual de propriedade intelectual: direito de autor; direito da propriedade industrial; direitos intelectuais sui generis*. São Paulo: Atlas, 2012, p.16.

⁸ BRASIL. *Lei nº 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.



indispensável a análise do reconhecimento da autoria que é, sem dúvida, um direito inerente aos autores e coautores.

As criações protegidas por direitos autorais podem ser classificadas, em nossa legislação, em obras de autoria individual, coautoria ou obras coletivas, dependendo, respectivamente, se criadas por apenas um autor, em coautoria ou quando uma terceira pessoa ou organização organiza as contribuições criativas para criar uma terceira obra.

Na coautoria a obra literária, artística ou científica é criada conjuntamente por dois ou mais autores de modo a receber proteção jurídica tanto por suas contribuições individuais como pelo conjunto da obra. O artigo 23 da LDA⁹, dispõe que, salvo convenção em contrário, os coautores exercerão, de comum acordo, os seus direitos. Portanto, possível estabelecer que algum ou alguns dos colaboradores tem legitimidade para o exercício total de direitos.

Quando se trata de biografias, fica fácil visualizar este tipo de colaboração diante da exigência do “curso necessário” entre biografado e biógrafo, ante a indispensável bilateralidade posto que sem a personalidade célebre não haveria o biógrafo, afinal, o grande responsável pelo feito que alavancou a demanda é o biografado por sua biografia. A sua obra que justificou a popularidade e o interesse do público em geral, embora seja razoável que o biógrafo também faça jus a um percentual justo dos direitos autorais.

Cabe questionar, portanto, se seria coerente remunerar-se somente o biógrafo, que se utiliza da importância ou notoriedade conquistada pelo biografado. Parece irrazoável admitir-se que o biógrafo enriqueça às custas de personalidades que ao longo de sua história e de sua existência construíram um verdadeiro legado cultural, profissional, intelectual ou artístico, isto é, um verdadeiro patrimônio pessoal e intransferível, apenas por ter condensado essa rica história.

Soa falacioso invocar-se apenas o exercício de liberdade de expressão ou informação para se beneficiar de qualquer forma às custas de outrem. Seja dito de passagem, não é comum se verificar alguém interessado em biografar pessoas sem notoriedade pública, porque não rende dividendos, justamente por não haver interesse popular. A biografia de personalidades ilustres é um patrimônio pessoal e intransferível que não pode ser usurpado por ninguém, a título algum.

Pertinente acentuar a temática do abuso de direito, que advém do predomínio da vontade do titular de um direito como condutor absoluto de seu exercício. Na literatura

⁹ Ibid.



moderna, a conceituação do abuso de direito, apesar de ampla, também pode ser definida como o exercício do direito de modo a contrariar e contradizer o valor que se procura tutelar. Assim sendo, representaria uma violação a limites que não estão colocados na existência de direitos de terceiros, e sim em elementos típicos emanados do próprio direito, exemplificado como o seu valor ou sua função.

Ainda, o fato de somente o biógrafo assinar a obra e externalizar exclusivamente a condição de autor da biografia, não retira os direitos advindos da contribuição do biografado. De acordo com Ascensão¹⁰, uma obra não deixa de ser obra de colaboração, por mais paradoxal que pareça, por vir divulgada em nome de um só colaborador, de acordo com o artigo 14 da LDA¹¹. Aliás, a indicação do nome na obra dá apenas uma presunção de autoria, nos termos do artigo 13¹², do mesmo dispositivo legal.

Por conseguinte, é possível sustentar, diante dessa conjuntura, com fundamentos jurídicos sólidos, a divisão de direitos autorais, no mínimo, em igualdade de condições, já que, em última instância, é a razão de ser da demanda por sua biografia. Recomenda-se, portanto, que o biografado seja destinatário de parte da arrecadação de sua biografia, mesmo não autorizada.

3. DOS PARÂMETROS PARA REPARAÇÃO EFICAZ DE DANOS À HONRA

Em 2012, a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade¹³ no STF com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade parcial dos artigos 20 e 21 do Código Civil¹⁴. O pedido principal da autora foi para que o STF desse interpretação conforme a Constituição e declarasse que não é necessário consentimento da pessoa biografada para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais. Por unanimidade, o STF julgou

¹⁰ ASCENSÃO, op. cit., p. 86.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹² Ibid.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI. n.º 485*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.



procedente a ADI e declarou que não é necessária autorização prévia para a publicação de biografias.

Com o intuito de tornar a situação mais amena, ficou decidido que, caso o biografado ou qualquer outra pessoa retratada na biografia entenda que seus direitos foram violados pela publicação, terá direito à reparação, que poderá ser feita não apenas por meio de indenização pecuniária, como também por outras formas, tais como a publicação de ressalva, de nova edição com correção ou de direito de resposta.

Tal disposição é passível de crítica, na medida em que o que a Constituição Federal brasileira¹⁵ assegura ao biografado não é dinheiro — que, aliás, ele pode não ter o menor interesse em receber —; é a proteção da sua honra e da sua privacidade, direitos considerados indisponíveis e inalienáveis por toda a doutrina jurídica que se ocupa desses temas. Discussões à parte, essa reparação, em tese, deve conter as funções inerentes ao dano moral, quais sejam: compensar, punir e dissuadir, em concordância com a doutrina de Noronha¹⁶, que assim dispõe: “se essa finalidade (dita função reparatória, ressarcitória ou indenizatória) é a primacial, a responsabilidade civil desempenha outras importantes funções, uma sancionatória (ou punitiva) e outra preventiva (ou dissuasora) ”.

Portanto, o objetivo deveria alcançar ao menos algum equilíbrio entre os direitos em questão diante da desvalorização do direito à honra e do tratamento da liberdade de expressão como posição preferencial, por todos os motivos elencados em capítulos anteriores. Por um lado, para, em sua função preventiva, desestimular ao biógrafo desrespeitar a honra, pois saberá que não valerá a pena violentá-la; por outro, para, em sua função compensatória, refletir um valor que verdadeiramente repare o dano da situação peculiar de pessoas de notório conhecimento público, levando-se em consideração as condições pessoais desse grupo de vítima. De outro modo, a função compensatória da indenização se reduziria ao sentimento de impunidade, posto que a honra, já atingida, é imensurável e geralmente trata-se de pessoas que já dispõe de um patrimônio expressivo em que o valor se torna irrelevante.

No entanto, na prática o Poder Judiciário tem mantido, como parâmetro, quando condena por danos morais, a fixação em patamar não superior a 20 salários mínimos - *quantum* indenizatório que não cumpre nenhuma das funções, de modo que valeria à pena

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 437.



descumprir o direito a honra diante da futura arrecadação com a obra. Ocorre, dessa maneira, verdadeira carta branca para o biógrafo ante o desestímulo em desrespeitar a honra alheia, na medida em que a indenização se faz vantajosa e ínfima perante arrecadação vultuosa fruto da obra

Isto posto, essa solução indenizatória para a ponderação dos direitos em conflito só é “intermediária” na aparência, na medida em que exprime claramente uma prevalência da liberdade de expressão sobre os direitos à privacidade e à honra. Assim, é patente o despreparo do ordenamento jurídico sendo imperiosos os meios preventivos para preservar a honra. Por conseguinte, pretende-se defender que se estabeleçam, legalmente, novos parâmetros, isto é, critérios específicos para reparação do dano à honra alheia, especialmente para hipóteses de biografias não autorizadas que atinjam a honra de pessoas de notória exposição pública.

Diante de todo o contexto apresentado, parece evidente que o critério da adequação e proporcionalidade se amoldaria perfeitamente à problemática, exigindo sejam analisadas as peculiaridades do caso concreto, respeitando, dessa forma, o princípio da equidade proposto no caput do art. 5º da Constituição Federal¹⁷, para se auferir uma decisão mais próxima ao ideal de justiça. Tal ponderação, no entanto, utiliza-se tradicionalmente de diversos parâmetros para avaliar as circunstâncias do fato como a duração do sofrimento experimentado pela vítima, reflexos desse dano no presente e futuro, as partes envolvidas no conflito e as condições físico-psicológicas do ofensor e do ofendido.

Contudo, a fim de alcançar as funções de compensar, punir e dissuadir, o critério solucionador para a hipótese específica da violação à honra dos biografados parece ainda mais simples. Quanto maior a importância do biografado, maior o dano a ser reparado; quanto maior for a arrecadação projetada pela biografia, mais elevada deverá ser a reparação. A reparação da honra alheia deve ser de tal ordem elevada que seja capaz de desestimular ao biógrafo desrespeitá-la, pois saberá que não valerá a pena violentá-la.

A elementar indicação de parâmetros pode ser estabelecida pela legislação brasileira com a finalidade de atribuir uma base segura para a superação das colisões entre, de um lado, as liberdades de expressão e informação e, de outro, os direitos à honra e à privacidade. A indicação desse parâmetro igualmente poderia ser feita em normas regulamentares, ou em normas deontológicas (como no exemplo do Código de Ética dos

¹⁷ BRASIL. op. cit., nota 15.



Jornalistas Brasileiros¹⁸), ou, ainda, em um código de auto-regulamentação, que poderia ser elaborado conjuntamente por representantes do mercado editorial, sindicatos de atores, sindicatos de atletas e outras instituições interessadas.

Como se vê, não significa dizer que as biografias não serão analisadas, caso a caso, pelo Poder Judiciário, mas, sim que não ficaram mais ao sabor das preferências literárias e culturais de cada juiz ou desembargador. O parâmetro objetivo para a fixação de danos morais seria um procedimento técnico realizado com base na importância do biografado e em sua arrecadação projetada pela biografia.

A utilização desses critérios não é prejudicial, porque o que verdadeiramente constitui um retrocesso na jurisprudência, é o fato de não haver subsunção de critérios aplicados pelo magistrado ao caso concreto em análise. É comum a existência de sentenças que não discriminam os parâmetros utilizados para fixação do valor indenizatório do dano moral, sob o pretexto de utilização tão somente da razoabilidade, equidade, ou mesmo o prudente arbítrio do juiz.

Estes critérios jamais poderão ser os únicos na avaliação do valor indenizatório, sob pena de arbitrariedade do órgão julgador e de quebra do princípio da motivação da sentença. O convencimento do magistrado é livre, porém, motivado, conforme prevê o artigo 131 do Código de Processo Civil¹⁹. A falta de motivação torna a sentença desprovida de fundamento, e, portanto, nula.

Dessa forma, com parâmetros que podem ser estabelecidos previamente, como fruto de um debate democrático, que pode ser travado tanto no Congresso Nacional quanto no âmbito de entidades interessadas na edição de um código de auto-regulamentação, é possível atingir a função compensatória e preventiva do dano moral quando se trata de personalidades de notória exposição pública, tendo em vista uma maior efetividade dos preceitos constitucionais protetivos do direito à honra.

¹⁸ FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS – FENAJ. *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. 2007. Disponível em: http://fenaj.org.br/wp-content/uploads/2014/06/04_codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf. Acesso em: 01 out. 2018.

¹⁹ 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.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a ineficácia protetiva do direito a honra hoje existente no que se refere as biografias não autorizadas. É patente a violação desproporcional, ou seja, o atentado ao direito fundamental em si, o quantum indenizatório que não cumpre a função compensatória ou preventiva, além do enriquecimento indevido do biografo às custas do biografado, o que caracteriza arbítrio de um direito sobre outro e inegável deformação da solução constitucional para a colisão de direitos fundamentais.

Restou comprovado que o tratamento da liberdade de expressão como uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros direitos fundamentais não encontra compatibilidade com o direito constitucional brasileiro, na medida em que não há hierarquização dos direitos fundamentais e não há que se falar em inserção de alguns em posição privilegiada em relação a outros.

Sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbítrios. Verifica-se que não é o que ocorre na prática, quando a jurisprudência permite a publicação de uma biografia, ainda que haja violação da honra, sob o argumento de que a liberdade de expressão não pode ser condicionada à prévia autorização do biografado. O fato de o biografado ter direito à reparação por meio de indenização pecuniária, não equilibra os direitos em questão uma vez que já violado o direito à honra.

No entanto, superando o fato de que essa situação verdadeiramente ocorre na prática contra os ditames constitucionais, há ainda solução para a busca de equilíbrio como demonstrado ao longo do segundo capítulo do presente estudo. Portanto, ainda na tentativa de balancear os direitos em questão, foi possível demonstrar com fundamentos jurídicos sólidos a possibilidade de divisão de direitos autorais, no mínimo, em igualdade de condições, na medida em que, em última instância, é o biografado a razão de ser da demanda por sua biografia.

Nada mais razoável, a exemplo do que ocorre analogicamente na dramaturgia, visto que na produção de filmes, novelas ou peças de teatro existem os produtores - realizadores, escritores, roteiristas etc. -, que arrecadam valores advindos da produção ou da “história”, mas, por outro lado, há igualmente os atores que incorporam os personagens



e são, por isso, dignamente remunerados, em observância ao princípio da isonomia e proporcionalidade.

Retomando a ideia acerca do atual entendimento das Cortes Superiores sobre a indenização caso o biografado entenda que se seus direitos foram violados pela publicação, é inegável que mais uma vez o direito à honra é infringido. Isso porque, na realidade este quantum indenizatório é extremamente baixo e não cumpre as funções reparatórias ou até mesmo preventivas. Primeiro porque, em sua função preventiva não desestimula o biógrafo desrespeitar a honra, pois saberá que valerá a pena violentá-la diante do lucro com a arrecadação da biografia; segundo, porque, em sua função compensatória, não reflete um valor que efetivamente repare o dano imensurável e geralmente trata-se de pessoas que já dispõe de um patrimônio expressivo em que o valor arbitrado, a depender, pode ser irrelevante.

O entendimento a que chegou este pesquisador é no sentido de que se faz necessária a definição de parâmetros para reparação de dano, levando em conta todo o contexto, afim de atingir a função compensatória e preventiva do dano moral quando se trata de personalidades de notória exposição pública e conseqüentemente resulte menor disparidade entre o direito, como almeja a Constituição Federal.

O que, frisa-se, é plenamente viável visto que o juiz ainda terá a liberdade para apreciar, valorar e arbitrar a indenização, porém, o fará dentro de parâmetros estabelecidos. Assim, conforme sugerido no terceiro capítulo, quanto maior a importância do biografado, maior o dano a ser reparado; quanto maior for a arrecadação projetada pela biografia, mais elevada deverá ser a reparação. Consubstancia-se na ideia de alcance de ambas funções do dano moral antes elencadas, compensatória e preventiva.

Os principais argumentos usados por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentaram-se na premissa de que os direitos devem ser constitucionalmente equilibrados. No entanto, como não o são, algumas providências poderiam ser tomadas dentro do possivelmente jurídico, de modo a não restringir o exercício da liberdade de expressão e atenuar a violação ao direito a honra.

A busca da isonomia entre os direitos deve ser valorizada não apenas na Academia, ou como matéria doutrinária, mas também no seio dos Tribunais de diversos níveis, a fim de consagrar em definitivo a complexidade de matérias como essa que foi abordada por este Pesquisador. Se o primeiro objetivo fundamental da República brasileira consiste em construir uma sociedade livre, justa e solidária, não se mostra coerente concretizar isso por meio da supressão total de um direito em razão de outro, o



que obstaría o respeito aos direitos fundamentais que aperfeiçoam a sociedade que hoje conquistamos.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Propriedade intelectual: direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

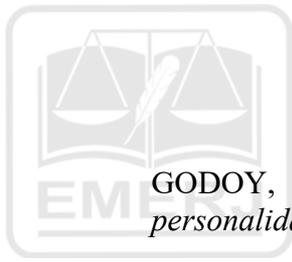
_____. *Lei nº 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 22.238 MC/RJ*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Liberdade-de-expressao-Rcl-22328-1.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI. Nº 485*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>>. Acesso em: 19 set. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes (José Joaquim), MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes, GAIÓ JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2015.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS – FENAJ. *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. 2007. Disponível em: http://fenaj.org.br/wp-content/uploads/2014/06/04_codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf. Acesso em: 01 out. 2018.



GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DOS LIMITES PARA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO/GENÉRICO

Raphael Bahia Pereira

Graduado em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro.
Advogado.

Resumo – O tema do presente artigo possui ampla relevância jurídica e social, uma vez que o mandado de busca e apreensão tem influência direta sobre os direitos fundamentais dos cidadãos. Na medida em que os direitos fundamentais não são absolutos, questiona-se, em alguma hipótese, se o ordenamento jurídico pátrio comportaria a confecção e o cumprimento de mandado busca e apreensão genérico/coletivo.

Palavra-Chave – Direitos e garantias fundamentais. Inviolabilidade domiciliar. Processo penal. Inquérito policial. Mandado de busca e apreensão coletivo/genérico.

Sumário – Introdução. 1. Um breve esboço acerca da compreensão do mandado de busca e apreensão coletivo/genérico. 2. Mandado de busca e apreensão coletivo/genérico no combate ao crime organizado e a macro criminalidade 3. Mandado de busca e apreensão coletivo no contexto do direito penal emergencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo científico mostra-se relevante, uma vez que a expedição de mandado de busca de apreensão coletivo/genérico vem se apresentando como uma realidade praticada, principalmente em operações policiais efetuadas em áreas urbanas controladas pelo crime organizado, mostrando-se uma questão bastante controversa.

Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo investigar as divergências doutrinárias e jurisprudências acerca do tema, considerando os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como os critérios normativos dispostos no Código de Processo Penal.

Para melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo faz um breve esclarecimento sobre os institutos da busca e apreensão, sua natureza jurídica, objeto, finalidade, visando a esclarecer o que vem sendo entendido por mandado de busca e apreensão coletivo/genérico em sede de doutrina e jurisprudência.

No segundo capítulo é realizada a análise dos argumentos que entendem que, em algumas hipóteses, o ordenamento pátrio permite a expedição de mandados de busca e



apreensão coletivos/genéricos, bem como uma análise de casos concretos ocorridos na cidade do Rio de Janeiro e como o poder judiciário vem enfrentando a polêmica.

Em seguida, no terceiro capítulo, visando conciliar o interesse na efetividade da persecução penal nas hipóteses de combate a macro criminalidade que compromete a ordem pública, as pessoas e o patrimônio, será feita uma análise da compatibilidade do instituto do mandado de busca e apreensão coletivo/genérico dentro do que se denomina direito penal emergencial.

Dessa forma, o estudo baseia-se no método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para perquirir o objeto em estudo.

Por fim, cumpre destacar que a abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica é necessariamente quantitativa e qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de bibliografia e julgados pertinentes ao tema.

1. UM BREVE ESCORÇO ACERCA DA COMPREENSÃO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO/GENÉRICO

Com o objetivo de melhor compreender o objeto em estudo, torna-se necessário fazer um breve esclarecimento sobre os institutos da busca e apreensão, sua natureza jurídica, objeto e finalidade. Em seguida, sob a ótica da instrumentalização do instituto, expõe-se o que vem a ser compreendido, pela doutrina e jurisprudência, como mandado de busca e apreensão coletivo/genérico e seus reflexos.

O instituto da busca e apreensão encontrar-se regulamentado no Capítulo XI, Título VII, Livro I, do Código de Processo Penal, entre os artigos 240 e 250¹. A despeito de serem tratadas em conjunto pelo Código de Processo Penal, cabe destacar que, é pacífico em âmbito doutrinário, a existência de autonomia entre procedimento de busca e o procedimento de apreensão. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima ensina que²:

a busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa. Não é de todo impossível que ocorra uma busca sem apreensão, e vice-versa. Deveras, pode restar frustrada uma diligência de busca, não se logrando êxito na localização do que se procurava. De seu turno, nada impede que

¹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivII_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 15 out. 2018.

² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: Salvador: JusPodivm, 2016, p. 710.

uma apreensão seja realizada sem prévia medida de busca, quando, por exemplo, o objeto é entregue de maneira voluntária à autoridade policial.

Contudo, ainda que demonstrada a autonomia dos institutos, deve-se destacar que, quando a busca preceder a apreensão, os institutos funcionam de maneira complementar³. Logo, havendo ilegalidade na busca que antecede a apreensão, ambas restaram ilegal e sem eficácia probatória.

Em relação à natureza jurídica, destaca-se que os institutos encontram sua previsão legal dentro do Título VII - Das Provas - do Código de Processo Penal. Todavia, Marcellus Polastri Lima aduz que⁴:

(...) apesar do Código de Processo Penal classificar como meio de prova, a busca e apreensão, com finalidade de preservar elementos probatórios ou assegurar reparação do dano proveniente do crime, ontologicamente, não é prova, tendo, ao contrário, a natureza jurídica de medida cautelar que visa à obtenção de uma prova para o processo, com o fim, portanto, de assegurar a utilização do elemento probatório no processo ou evitar o seu perecimento.

De maneira mais ampla, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, entendem que a natureza jurídica se dá de acordo com a finalidade pretendida, podendo ser: (1) meio de prova, quando a finalidade for a apreensão de objeto matéria do delito; (2) meio de obtenção de prova, quando a busca e apreensão se destina a apreender objetos relevantes para futura produção de prova; e (3) medida instrumental, cautelar probatória, quando o ato for revestido de urgência o ato ter como finalidade assegurar a produção de prova futura⁵.

Ainda, em outro sentido, Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, destaca que as medidas de busca e apreensão tem natureza multifuncional, motivo pelo qual torna-se desnecessária ou de pouca utilidade prática a compreensão dos institutos como meio de prova, instrumento de obtenção de prova ou coação processual penal lícita⁶.

Conforme se extrai da leitura do art. 240, §1º e §2º do Código de Processo Penal, a busca e apreensão tem como finalidade atender a persecução penal, uma vez que busca e apreende elementos interligados direta ou indiretamente com o fato considerado ilícito. Todavia, o instituto tem como um de seus efeitos a restrição de direitos fundamentais previstos

³ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.384.

⁴ LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 134.

⁵ NESTOR Távora; ROSMAR Rodrigues Alencar. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 742.

⁶ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.96-110.



no art. 5º da Constituição de 1988⁷, destacando-se a inviolabilidade do domicílio, intimidade e a vida privada, bem como a incolumidade física e moral do sujeito.

Nessa perspectiva, para que se materialize a execução da busca e apreensão, torna-se necessária a expedição de mandado de busca e apreensão, por autoridade jurisdicional, devendo ser obedecidas certas limitações e formalidades delimitadas pelo ordenamento jurídico.

Nos termos dos incisos e do §1º, do art. 243 do Código de Processo Penal, o mandado de busca e apreensão deverá: (i) indicar, da forma mais precisa possível, a residência a qual será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; (ii) no caso de busca pessoal, o nome ou os sinais que indiquem quem deverá sofrê-la; (iii) mencionar os motivos e os fins da diligência; (iv) ser subscrito pelo escrivão e pela autoridade judiciária que o expedir; (v) eventual ordem de prisão.

No direito comparado, acerca das delimitações constitucionais e legais no direito processual penal norte-americano, João Gualberto Garcez Ramos⁸, adverte que:

a 4ª emenda dispõe que os mandados somente serão expedidos com particular descrição do lugar a ser buscado e das coisas ou pessoas a serem apreendidas (...) daí que não se admitem mandados genéricos (...) sem a observância desta exigência, as provas obtidas com a busca serão consideradas ilícitas.

Ademais, na doutrina pátria, Guilherme Nucci, ensina que:

não é possível admitir-se ordem judicial genérica, conferindo ao agente da autoridade liberdade de escolha e de opções a respeito dos locais a serem invadidos e vasculhados. Trata-se de abuso de autoridade de quem assim concede a ordem e de quem a executa, indiscriminadamente. Note-se que a lei exige fundadas razões para que o domicílio de alguém seja violado e para que a revista pessoal seja feita, não se podendo acolher o mandado genérico, franqueando amplo acesso a qualquer lugar.

Na medida em que o preenchimento de todos os requisitos legais representa determinada garantia para a autoridade que expede a mediada, ao seu executor e a quem vier a sofrê-la, conseqüentemente, o mandado de busca e apreensão genérico/coletivo será tido como ilegal e as provas, que por meio deste tenham sido obtidas, como ilícitas. Desta forma, conclui-se que o mandado de busca e apreensão genérico/coletivo é aquele que não segue algum dos requisitos previstos pelo art. 243 do Código de Processo Penal.

⁷ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 15 out. 2018.

⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 132.

No mesmo sentido, destaca-se o voto proferido pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau⁹:

de que vale declarar a Constituição que ‘a casa é asilo inviolável do indivíduo’ (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é, sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que pode se chamar de autêntica ‘devassa’.

Apesar dos argumentos supracitados, o termo “mais precisamente possível”, disposto no inciso I do art. 243 do Código de Processo Penal, vem suscitando certa discussão acerca da possibilidade de expedir e cumprir o que vem sendo denominado de mandado de busca e apreensão coletivo/genérico, especialmente em operações de combate ao crime organizado instalado em áreas periféricas da cidade do Rio de Janeiro, onde a irregular disposição das moradias e a inexistência de endereços precisos inviabilizam a expedição de mandado nos exatos termos do referido dispositivo.

2. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO/GENÉRICO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO E A MACRO CRIMINALIDADE

Destaca-se que o inciso I, do art. 243 do Código de Processo Penal tem por finalidade individualizar o mandado de busca, evitando assim que cidadãos que não estejam envolvidos em atividades ilícitas sejam desnecessariamente constrangidos pela violação de sua privacidade e intimidade, respeitando assim o que determina incisos X e XI do art. 5º da Constituição Federal.

No entanto, Rogério Sanches Cunha¹⁰, alerta que “em algumas situações, o cumprimento à risca do mandamento legal torna absolutamente inviável a realização de diligências imprescindíveis para a apuração de gravíssimas infrações penais”.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Hc n° 95.009-4/SP*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2895009%2EENUME%2E+OU+95009%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gouahgq> > Acesso em: 04 de nov.2018.

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches. *Mandado de busca e apreensão coletivo: Violação constitucional ou alternativa viável quando impossível a individualização do imóvel?*. Disponível em: < <http://meusitejuridico.com.br/2018/02/19/mandado-de-busca-e-apreensao-coletivo-violacao-constitucional-ou-alternativa-viavel-quando-impossivel-individualizacao-imovel/> > Acesso em: 04 de nov.2018.



Como exemplo, o autor cita o cenário do combate ao crime organizado ligado ao tráfico de armas e drogas que ocupa diversas áreas urbanas no Estado do Rio de Janeiro, sobretudo áreas precariamente estabelecidas nos morros cariocas que não possuem a devida individualização e nem endereços definidos, comprometendo a ordem pública. Não obstante, a circunstância serviu de fundamento para o decreto de intervenção federal na área de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, sob o comando de um general do Exército¹¹.

Segundo o autor, a referida situação proporciona grande dificuldade para que sejam realizadas operações policiais que visem a prisão de criminosos e a apreensão de armas e drogas, vez que a inexistência de individualização de endereços nessas áreas residenciais inviabiliza a vinculação a moradores específicos e, conseqüentemente, tornam impossível a expedição de mandado de busca e apreensão nos exatos termos do inciso I, do art. 243 do Código de Processo Penal¹².

Em tal situação, o autor admite ser possível a expedição de mandado de busca e apreensão coletivo/genérico, alertando que¹³:

é fato que muitas pessoas são atingidas simplesmente porque residem no local, sem que lhes recaia nenhuma suspeita específica da prática de crime. Mas também não se pode negar que, ponderando os interesses em jogo, não é irrazoável que prevaleça a iniciativa de dismantelar organizações criminosas que impõem o caos e o terror generalizado. Nessas localidades, a ação policial baseada no mandado coletivo é a única forma de fazer cessar atividades criminosas de extrema gravidade e que vitimam inclusive os moradores injustamente atingidos pela busca domiciliar.

No mesmo sentido, o parecer¹⁴ interposto pela Procuradoria Geral da República, no Habeas Corpus nº 154.118/DF, defendeu que, frente ao combate à macro criminalidade, estabelecida em extensa área urbana, poderia haver uma flexibilização da interpretação do art. 243, I do CPP¹⁵, sob o fundamento de que, além da inviolabilidade domiciliar, prevista no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, o *caput* do referido dispositivo também assegura a inviolabilidade à segurança, além do fato de que o art. 144 da Constituição Federal prevê a segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos que deve ser exercida para salvaguardar a ordem pública, as pessoas e o patrimônio.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ PARECER-32.218/2018-MARÇO-JV/SF. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/pgr-favoravel-manda-do-busca-apreensao.pdf>>. Acesso em 13 set. 2018. p. 3-4.

¹⁵ Brasil. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689/Compilado.htm>. Acesso em 13 set. 2018.

Ademais, argumenta que “impedir, de forma absoluta, que cada juiz possa decidir, com base nos elementos que lhe são apresentados, pelo deferimento ou não de mandado de busca coletiva, é obstar em absoluto seja a segurança pública eficazmente tutelada no país”¹⁶.

Por fim, conclui seu parecer afirmando que:

(...) o recurso à medida extrema em comento não poderá ser adotada de forma indiscriminada e muito menos em hipótese de crimes de menor potencial ofensivo, circunstâncias a que deverá ficar atento, evidentemente, o Juiz do caso concreto, pelo que não há fundamento para, sequer, o deferimento parcial da ordem, no sentido de mitigação da abrangência da medida cautelar, que estará, em última análise, sob a tutela do livre convencimento do Juiz natural da causa.

Para além dos argumentos mencionados, conforme amplamente divulgado nos veículos de mídia, é fato que o Rio de Janeiro possui um histórico de expedições de mandados de busca e apreensão coletivos/genéricos, causando inúmeras polêmicas e controvérsias.

Destaca-se o mandado de busca e apreensão coletivo/genérico expedido em setembro de 2002, para entrar em todos os cerca de 10 mil barracos, na Favela da Grota, dentro do Complexo do Alemão, que culminou com a prisão do traficante Elias Maluco, acusado pela morte do jornalista Tim Lopes¹⁷.

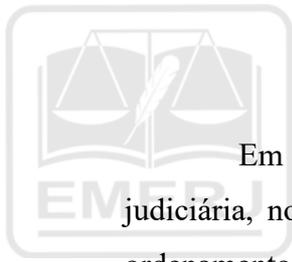
Outro destaque polêmico é o mandado de busca e apreensão coletivo/genérico expedido em novembro de 2016, entendendo que o rigoroso cumprimento do disposto no art. 243, inciso I, do Código de Processo Penal inviabiliza a realização de diligências imprescindíveis para a apuração de infrações penais cometida por organizações criminosas que, portando armamento bélico militar, controlam grandes zonas territoriais em periferias da cidade, destacando-se o seguinte trecho da notícia disposta no site do Conjur¹⁸:

(...) autorizou nesta segunda-feira (21/11) que a polícia faça buscas e apreensões coletivas na Cidade de Deus, bairro do Rio de Janeiro. A decisão vem depois que quatro policiais militares morreram na queda de um helicóptero durante operação contra o tráfico no sábado — as causas da queda ainda são investigadas. Segundo informações da revista Época, a juíza justificou a medida em razão da situação excepcional. “Em tempos excepcionais, medidas também excepcionais são exigidas com intuito de restabelecer a ordem pública”. O processo tramita em segredo de Justiça.

¹⁶ PARECER op. cit. p. 4.

¹⁷ O GLOBO. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/rio/relembra-casos-recentes-de-mandados-coletivos-de-busca-apreensao-no-estado-do-rio-22412030>>. Acesso em 13 set. 2018.

¹⁸ CONJUR. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/juiza-rj-autoriza-busca-apreensao-coletiva-cidade-deus>>. Acesso em 13 set. 2018.



Em que pese existir alguma resistência nos órgãos de primeira instância do poder judiciária, nos tribunais e nas cortes superiores têm prevalecido o entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio não coaduna com o mandado de busca e apreensão coletivo/genérico. Nesse sentido, subscreve-se o seguinte trecho da decisão proferida no habeas corpus nº 416.483 – RJ¹⁹:

com efeito, como observado na decisão do eminente Desembargador João Batista Damasceno, que deferiu a liminar na origem, em regime de plantão, o padrão genérico e padronizado com que se fundamentam decisões de busca e apreensão em ambiente domiciliar em favelas e bairros da periferia - sem suficiente lastro probatório e razões que as amparam - expressam grave violação ao direito dos moradores da periferia. A busca e apreensão domiciliar somente estará amparada no ordenamento jurídico se suficientemente descrito endereço ou moradia no qual deve ser cumprido em relação a cada uma das pessoas que será sacrificada em suas garantias.

O referido entendimento tem como base o fato de que o Estado Democrático de direito tem por pressuposto que a autoridade estatal deve observar estritamente os procedimentos e formalidade previstos na ordem constitucional e legal por se tratar de pressuposto da intervenção estatal na restrição de direitos fundamentais²⁰.

3. O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL EMERGENCIAL

Embora tenha se verificado que o ordenamento jurídico pátrio não coaduna com o mandado de busca e apreensão coletivo/genérico, fato notório é que após a decretação da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, houveram diversas manifestações de autoridades solicitando autorização para expedição de mandado de busca e apreensão coletivo/genérico²¹.

Em que pese os argumentos usados pelos defensores do mandado de busca e apreensão coletivo/genérico, Luigi Ferrajoli chama a atenção para o fato de que o referido raciocínio evidencia o que denomina de “emergência penal”, em que prevalece a razão do Estado, como

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Hc nº 416.483/RJ*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501072802/habeas-corpus-hc-416483-rj-2017-0236856-5/decisao-monocratica-501072812?ref=juris-tabs#>>

²⁰ ANTUNES, Leonardo Leal Peret. *Limites da busca e apreensão no processo penal constitucional*. 2013. 170 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. pg. 105

²¹ O GLOBO. Governo federal vai pedir mandados de busca e apreensão coletivos no Rio. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/governo-federal-vai-pedir-mandados-de-busca-apreensao-coletivos-no-rio-22411128#ixzz5RWhwsGj8>> Acesso em: 13 set. 2018.

elemento formador do direito e do processo penal, no lugar da razão ordenamento jurídico preestabelecido pelo Estado²².

Nesse sentido, o referido autor afirma que²³:

a cultura de emergência e a prática da exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna [...].

Ademais, ainda informa que²⁴:

[...] o abandono das regras e dos princípios jurídicos não é permitido em tempo de paz contra os cidadãos, mas apenas “contra os inimigos... Em face do originário direito de natureza de fazer a guerra, na qual a espada não julga, nem o vencedor faz a distinção entre nocente e inocente... nem existem outras considerações, para acordar-se a clemência, senão aquela que conduza ao bem do próprio povo.

Verifica-se que dentro da “emergência penal”, ao invés de ser aplicado o direito processual penal do cidadão, aplica-se o direito processual penal do inimigo. Logo, quando o Poder Judiciário, com o objetivo de desarticular condutas delituosas praticadas pelas organizações criminosas, se propõe a usar de meios autoritários, como no caso de expedir mandado de busca e apreensão coletivo/genérico, está se propondo a alterar as regras do Estado Democrático de Direito para assim se aplicar o direito processual penal do inimigo e não mais do cidadão.

Não obstante o raciocínio, tendo em vista na situação Rio de Janeiro onde, em função de décadas de descaso do poder político, as organizações criminosas dominam vasto território urbano, localizado especialmente em periferias desorganizadamente estabelecidas, em que grande parte das residências sequer possuem endereço ou nítida separação entre si, dificilmente se pode cumprir devidamente o que prevê o art. 243, I do CPP.

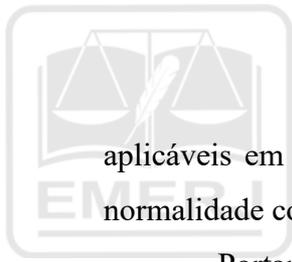
Nessas circunstâncias, quando a ordem constitucional é posta em risco, Manuel Gonçalves Ferreira Filho ensina que para enfrentar circunstâncias anormais as Constituições preveem a possibilidade de se atribuir poderes anormais aos governos²⁵. Consequentemente, conforme ensina José Afonso da Silva, o Estado de Direito dispõe de normas extraordinárias

²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 649.

²³ *Ibid.*, p.649.

²⁴ *Ibid.*, p. 666.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.239



aplicáveis em tempo de grave crise constitucional para que seja restabelecida a ordem e a normalidade constitucional²⁶.

Portanto, a Constituição Federal prevê o Estado de Defesa e o Estado de Sítio como medidas excepcionais de defesa do Estado e das instituições democráticas quando houver uma grave crise constitucional. Nesse sentido, leciona Walter Claudius Rothenburg que²⁷:

Ao prever uma disciplina jurídica para tais momentos excepcionais, a Constituição institui mecanismos de autopreservação, a fim de evitar, seja a falta de regulação jurídica (que abriria espaço para a utilização arbitrária do poder público ou mesmo da força bruta, sem limites jurídicos predefinidos), seja o afastamento (suspensão) indiscriminado e episódico da Constituição ou de importantes normas suas, seja a quebra (abandono, ruptura) definitiva da Constituição.

No entendimento de Walber de Moura Agra, nos termos do art. 137, I e II, da Constituição Federal, os motivos que permitem a decretação do estado de sítio e do estado de defesa podem ter origem interna, como catástrofes naturais ou rebeliões, ou externa, como no caso de declaração de guerra²⁸.

Ainda, segundo o autor, a diferença entre o estado de sítio e o estado de defesa reside na intensidade das restrições de direitos à serem adotadas, pois o estado de sítio adota medidas mais gravosas para os direitos fundamentais do que o estado de defesa²⁹.

Nos termos do art. 137, I e II da Constituição Federal, os motivos que ensejam a instalação do estado de sítio são: (i) comoção de grave repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; e (ii) declaração de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.

Sendo assim, caso as hipóteses descritas no Estado do Rio de Janeiro sejam consideradas pelo poder constituído como um ato de rebelião, por se tratar de um ato paramilitar onde uma organização decide não mais acatar ordens ou a autoridade de um poder constituído, a Constituição Federal, em seu art. 137, I, prevê a possibilidade de ser decretado o Estado de Sítio³⁰.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*: São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.767.

²⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentário ao artigo 136 a 137º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 2972.

²⁸ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.763

²⁹ Ibid.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*: São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.767.



O Estado de Sítio só pode ser instaurado por meio de decreto do Presidente da República, nos termos do art. 84 da Constituição Federal, observados os requisitos formais previstos nos art. 137 e 138, §2º e 3º.

O referido decreto deverá dispor sobre o local, a duração, às normas necessárias para execução, e as garantias constitucionais que deverão ser suspensas no Estado de Sítio, cujo objetivo consiste na construção de uma legalidade extraordinária, temporalmente e geograficamente limitadas, com a finalidade de manter ou reestabelecer a ordem constitucional³¹.

Desta forma, dentre as medidas coercitivas e garantias fundamentais suspensas, que podem ser adotadas durante a vigência do Estado de Sítio, encontra-se a restrição a inviolabilidade domiciliar, sendo possível, dentro do território em que se decreta o Estado de Sítio, a execução de mandados de buscas e apreensões coletivos/genéricos que podem, inclusive, serem expedidos independentemente de ordem judicial se assim prever as normas de execução no decreto presidencial.

Não obstante, José Afonso da Silva ainda ensina que “cessado o estado de sitio, cessarão os efeitos sem prejuízo das responsabilidades pelos ilícitos cometidos pelos seus por seus executores ou agentes, que são, como foi dito, a legalidade extraordinária implantada com sua decretação e as providencias de sua execução”³².

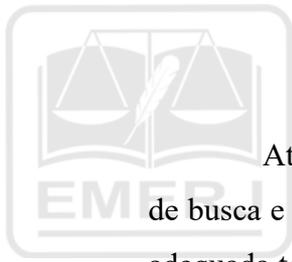
CONCLUSÃO

Destaca-se a relevância jurídica e social que possui o presente artigo científico, vez que o objeto amplo de seu estudo, o mandado de busca e apreensão, tem influência direta sobre os direitos fundamentais do cidadão e as devidas cautelas que devem ser adotadas pelas autoridades no devido processamento e cumprimento deste instrumento processual.

Conforme disposto ao longo do presente artigo, constatou-se que o mandado busca e apreensão tem por objetivo restringir de direitos fundamentais, em especial a inviolabilidade do domicílio, intimidade e a vida privada, para, assim, atender as demandas da persecução penal. Ademais, verificou-se que sua natureza jurídica se dá de acordo com a finalidade pretendida, podendo ser meio de prova, meio de obtenção de prova ou medida instrumental, ou seja, possui natureza jurídica multifuncional.

³¹ Ibid., p. 768.

³² Ibid., p. 769.



Ato contínuo, delimitando o objeto restrito do estudo, restou identificado que mandado de busca e apreensão genérico/coletivo é aquele que, ao ser expedido, não preenche de forma adequada todos os requisitos formais dispostos nos incisos do art. 243 do Código de Processo Penal. Contudo, verificou-se uma polêmica em torno do termo “mais precisamente possível”, disposto no inciso I do art. 243 do CPP, que tem por finalidade individualizar o mandado de busca e apreensão.

Embora em caráter minoritário, destacou-se argumentos de doutrina, argumentos de autoridades públicas e decisões judiciais no sentido de que o cumprimento literal do dispositivo no art. 243, I do CPP inviabiliza a realização de diligências imprescindíveis para a apuração de infrações penais graves, em especial as praticadas por organizações criminosas que possuem elevado poder bélico e domínio territorial nas áreas periféricas do Rio de Janeiro, pois grande parte das residências ali situadas não possuem nítida individualização ou endereço, sendo impossível, para estes casos, a expedição de mandado de busca e apreensão nos exatos termos do art. 243, I do CPP.

Em seguida, constatou-se que, apesar de existir algumas decisões contrárias, em especial proferida pelos juízes de primeira instância, predomina o entendimento nos tribunais estaduais e nos tribunais superiores de que o ordenamento jurídico pátrio não comportado a existência do mandado de busca e apreensão coletivo/genérico, pois, por se tratar de restrição de direitos e garantias fundamentais, a autoridade estatal deve observar estritamente os procedimentos e formalidade previstos na ordem constitucional e legal.

Não obstante, foi apontado entendimento no sentido de que na situação do Rio de Janeiro onde, em função décadas de descaso do poder político, as organizações criminosas dominaram vasto território urbano, localizado especialmente em periferias desorganizadamente estabelecidas, em que dificilmente se pode cumprir devidamente o que prevê o art. 243, I do CPP, pode o poder constituído, caso entenda que as situações descritas no Rio de Janeiro configurem ato de rebelião, por se tratar de um ato paramilitar onde uma organização decide não mais acatar ordens ou a autoridade de um poder constituído, com fundamento no art. 137, I, da Constituição Federal, decretar o Estado de Sítio.

Por fim, vislumbrou-se que, em sendo decretado o Estado de Sítio, dentre as medidas coercitivas e garantias fundamentais suspensas, que podem ser adotadas durante a vigência, encontra-se a restrição a inviolabilidade domiciliar, sendo possível, dentro do território em que se decreta o Estado de Sítio, a execução de mandados de buscas e apreensões



coletivos/genéricos que podem, inclusive, serem expedidos independentemente de ordem judicial se assim prever as normas de execução no decreto presidencial.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Hc 95.009-4/SP*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2895009%2EENUME%2E+OU+95009%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gouahgq>>. Acesso em: 13 set. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/juiza-rj-autoriza-busca-apreensao-coletiva-cidade-deus>>. Acesso em: 13 set. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. Mandado de busca e apreensão coletivo: Violação constitucional ou alternativa viável quando impossível a individualização do imóvel?. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/02/19/mandado-de-busca-e-apreensao-coletivo-violacao-constitucional-ou-alternativa-viavel-quando-impossivel-individualizacao-imovel/>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

NESTOR Távora; ROSMAR Rodrigues Alencar. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2017.

O GLOBO. *Governo federal vai pedir mandados de busca e apreensão coletivos no Rio*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/governo-federal-vai-pedir-mandados-de-busca-apreensao-coletivos-no-rio-22411128#ixzz5RWhwsGj8>> Acesso em: 13 set. 2018.

PARECER-32.218/2018-MARÇO-JV/SF. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/pgr-favoravel-mandado-busca-apreensao.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018.



PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*: São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL E A AUSÊNCIA LEGISLATIVA DIANTE DO CENÁRIO ECONÔMICO MUNDIAL

Raquel Casais Dutra

Graduada pelo IBMEC. Advogada.

Resumo – Este artigo aborda a problemática da ausência de regramento normativo acerca da Insolvência Transnacional que culmina na insegurança jurídica da tutela dos direitos das empresas transnacionais em dificuldade. O fenômeno da globalização intensificou as relações comerciais internacionais, encurtando as distâncias físicas e geográficas, garantindo a consolidação de um mercado global, e grandes investimentos estrangeiros na economia brasileira. Por outro lado, tais fatos acarretaram um desafio jurídico ante a omissão legislativa brasileira acerca da Insolvência Transnacional evidenciando que o arcabouço jurídico não acompanhou as formas societárias consolidadas no cenário econômico mundial. Diante disso, o artigo demonstra a necessidade urgente de atuação do Legislativo em produzir regramento acerca do tema. Ademais, são trazidas à baila as principais teorias aplicadas, bem como as soluções práticas conferidas pelo judiciário brasileiro quando foi instado a pacificar a questão.

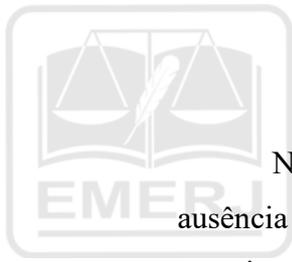
Palavras-chave – Direito Empresarial. Insolvência Transnacional. Cenário Econômico Mundial. Omissão Legislativa.

Sumário – Introdução. 1. Ausência legislativa acerca da insolvência transnacional e o princípio constitucional da inafastabilidade do poder judiciário. 2. Teoria universalista e teoria territorialista: as maiores correntes teóricas criadas visando a cooperação internacional e a compatibilização das normas falimentares. 3. Evolução da regulamentação brasileira acerca da insolvência transnacional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente o Brasil não dispõe de uma solução legal para a Insolvência Transnacional. Insta salientar que a recuperação judicial surgiu no Brasil em 2005 com a Lei 11.101/05, como um sucedâneo da concordata e traduz um mecanismo salutar, uma vez que visa recuperar uma sociedade em dificuldade, ou seja, busca a reestruturação das dívidas da sociedade empresária e do empresário individual.

Frise-se, que uma sociedade empresária é célula geradora de riquezas, empregos e arrecadação de tributos, figurando, portanto, como protagonista do ingresso de recursos para o custeio de necessidades sociais básicas, motivo pelo qual o legislador deve enaltecer tal instituto conferindo normatização robusta e adequada sob pena de elevar a insegurança jurídica das atividades empresariais e reduzir ou dificultar captação de recursos e investimentos estrangeiros.



No primeiro capítulo do artigo, busca-se discorrer acerca da problematização da ausência legislativa da Insolvência Transnacional no Brasil diante do princípio constitucional da inafastabilidade do poder judiciário consubstanciado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal que consagra a ideia da vedação de juízos de *non liquet*, ou seja, o juiz não pode deixar de julgar uma causa que lhe foi submetida em razão de lacuna legislativa e/ou inexistência de normatização específica. Tal cenário evidencia a necessidade do aplicador do direito em buscar no ordenamento jurídico uma resposta para a Insolvência Transnacional.

O segundo capítulo tem por objetivo analisar as principais teorias desenvolvidas com o estudo da Insolvência Transnacional, tal quais: Teoria Universalista e Teoria Territorialista. A primeira defende a ideia de que em relação à fixação da jurisdição competente para o processamento da insolvência empresarial transnacional, existe apenas um único juízo competente em determinado país para julgar o processo de recuperação da empresa ou de sua falência, o que coloca em xeque a soberania dos Estados, um dos postulados que mais se preza no âmbito do Direito Internacional.

Por sua vez, para a Teoria Territorialista a fixação da competência tem por base a Lei de Recuperação e Falência e concretiza os princípios da efetividade da prestação jurisdicional e do acesso à justiça sem se falar em violação da soberania dos Estados em que as sociedades integrantes do grupo econômico em dificuldade possua sede. Isso porque, será instaurado um processo principal no juízo brasileiro e tantos outros processos secundários em cada país sede das sociedades estrangeiras traduzindo uma cooperação jurídica internacional efetiva e viável.

Por fim, o terceiro e último capítulo terá como propósito desenvolver a evolução do enfrentamento da Insolvência Transnacional pelo ordenamento jurídico brasileiro realizando um cotejo com o Projeto do Código Comercial Brasileiro (PLS nº 487/2013) que prevê expressamente o instituto da Insolvência Transnacional; e com os precedentes existentes acerca do tema exposto no TJ/RJ. A pesquisa será desenvolvida pelo método explicativo, com abordagem qualitativa por meio de bibliografia, artigos publicados e jurisprudência.

1. AUSÊNCIA LEGISLATIVA ACERCA DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Atualmente, o Brasil não dispõe de uma solução legal para a Insolvência Transnacional. Isso porque a lei de Recuperação e Falências, no que toca à recuperação de sociedades empresárias contempla apenas a hipótese do pedido de recuperação por parte de sociedades estrangeiras que tenham filial no Brasil, o que evidencia uma omissão legislativa que precisa ser urgentemente superada diante do cenário econômico mundial em razão da internacionalização das sociedades empresárias e dos complexos grupos econômicos constituídos.

A fim de retratar o explicitado acima, impende destacar o artigo 3º da Lei de Recuperação e Falências – Lei nº 11.101/05 – que prevê a competência do juízo do local do principal estabelecimento do devedor empresário, ou da filial quando este tenha sede no estrangeiro, para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir recuperação judicial ou decretar a falência, *in verbis*:

Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Nesse sentido, Paulo Campana Filho¹, dispõe que “as normas brasileiras destinadas à recuperação das empresas endividadas parecem talhadas para abranger as sociedades nacionais, ignorando que elas possam ter relações econômicas e societárias com outras entidades estabelecidas no estrangeiro”.

Insta salientar que com o fenômeno da globalização no âmbito empresarial é notório o encurtamento das distâncias e a transposição de barreiras físicas e geográficas que conduziram à formação de grandes grupos econômicos, internacionalização de empresas, e a constituição de estruturas societárias complexas, sobretudo um verdadeiro mercado global.

É indubitável, que a atividade empresarial é mola propulsora da economia, e em razão de instabilidades econômicas e sociais, podem passar por períodos de dificuldades, e por isso se faz imperioso que o ordenamento jurídico a que essas sociedades se

¹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado*. Tese de Doutorado, apresentada na Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito (2003).



submetem preveja um arcabouço normativo protetivo e eficaz com vistas à recuperação e reestruturação das sociedades em dificuldades.

Insta salientar, que a recuperação judicial surgiu no Brasil em 2005 com a Lei 11.101/05, como um sucedâneo da concordata e traduz um mecanismo salutar, uma vez que visa recuperar uma sociedade em dificuldade. Frise-se, que uma sociedade empresária gera externalidades positivas, como geração de empregos e arrecadação de tributos, motivo pelo qual o legislador deve proteger de maneira efetiva tal instituto conferindo a normatização adequada.

A Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV consubstancia o princípio constitucional da inafastabilidade do poder judiciário que consagra a ideia da vedação de juízos de *non liquet*, ou seja, o juiz não pode deixar de julgar uma causa que lhe foi submetida em razão de lacuna legislativa e/ou inexistência de normatização específica. Nesse sentido, insta destacar as Cortes Superiores possuem entendimento uníssono nesse sentido, como se evidencia no trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto:

[...] se ao Legislativo não se pode impor a obrigação de legislar, ao Judiciário se impõe, sim, a obrigação de julgar. É proibido, no âmbito do Judiciário, a formulação daquele juízo de *non liquet*, de não resolver a causa. O juiz de qualquer instância, o Tribunal de qualquer natureza tem que solver a questão, liquidar a questão para corresponder a esse prestígio máximo que a Constituição lhes deu ao dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...].²

Tal cenário evidencia a necessidade do aplicador do direito buscar no ordenamento jurídico uma resposta para a Insolvência Transnacional. Dessa forma, repise-se que o judiciário brasileiro já foi instado a se manifestar em relação à Insolvência Transnacional, e em tais ocasiões observa-se a aplicação do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – abaixo transcrito, que prevê a analogia, instituto por meio do qual se viabiliza o processamento da recuperação judicial de sociedades transnacionais com base na Lei Modelo UNCITRAL (*United Nations Commission International Trade Law*)³:

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *HC nº 91.352*, rel. min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. em 28.2.2008, DJe-070; grifou-se. No mesmo sentido, veja-se: *HC 91.041*, rel. min. Cármen Lúcia, rel. p/acórdão min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 5.6.2007, DJe-082; *RE no 377040*, rel. min. Moreira Alves, j. 28.3.2003, DJ 12.5.2003; *HC 93443*, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 29.4.2008, DJe-117. No STJ, veja-se, entre outros, o *REsp 840.690/DF*, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 19/8/2010, DJe 28/9/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2517275>. Acesso em: 06 jun. 2018.

³ CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza* (1997). <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A lei modelo UNCITRAL foi criada pelas Nações Unidas a fim de facilitar a aplicação da mesma solução jurídica para insolvência transnacional aos países que a incorporarem na legislação interna reduzindo significativamente a insegurança jurídica dos empresários. Essa lei modelo foi delineada observando quatro pilares principais considerados essenciais na tramitação de casos de insolvência transnacional, quais sejam: acesso, reconhecimento, medidas deferíveis, e a cooperação.

Não obstante, cumpre ressaltar que não há uma lei internacional que consubstancie uma tratativa universal sobre recuperação e falência de sociedades empresárias, o que se vislumbra são teorias – Universalista e Territorialista - criadas com vistas à obtenção de uma cooperação internacional e compatibilização das normas falimentares, que serão estudadas no próximo capítulo.

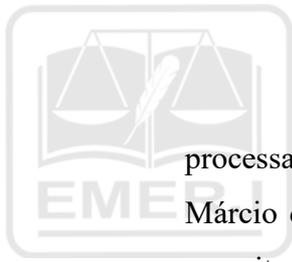
2. TEORIA UNIVERSALISTA E TEORIA TERRITORIALISTA: AS MAIORES CORRENTES TEÓRICAS CRIADAS VISANDO A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E A COMPATIBILIZAÇÃO DAS NORMAS FALIMENTARES

É forçoso destacar que não há uma lei de recuperação e falência de empresas no âmbito internacional. O que existe são legislações nacionais que podem ser aplicadas em cooperação entre os países em que a atividade empresarial é exercida, a lei modelo UNCITRAL e o desenvolvimento de teorias a seguir estudadas.

Cumpre ressaltar, que no âmbito acadêmico foram desenvolvidas teorias, dentre as quais, as principais são a Teoria Universalista e a Teoria Territorialista. Diante da ausência legislativa e do quadro de insegurança jurídica atinente à Insolvência Transnacional no Brasil, tais teorias foram adotadas com vistas a solucionar omissão legislativa atribuindo uma solução aos casos em que o judiciário foi instado a se manifestar acerca do tema.

Insta salientar que as referidas teorias, embora conflitantes, visam à elaboração de mecanismos para a fixação da jurisdição competente para processar a insolvência transnacional, compatibilizando as regras existentes acerca do tema, vislumbrando uma possível uniformização dos protocolos de cooperação, e ainda minimizando de certa forma, a insegurança jurídica latente que habita o comércio internacional globalizado.

Em linhas gerais, a teoria universalista no que toca à fixação da jurisdição competente para o processamento da insolvência empresarial transnacional defende a possibilidade de existir um único juízo competente, em determinado país do globo, para



processar e julgar o processo de recuperação da sociedade ou de sua falência, o que para Márcio de Souza Guimarães parece totalmente inconcebível, sob pena de violação ao preceito mais caro ao direito internacional – a soberania de cada Estado.⁴

Ressalta-se que essa teoria prevê a existência de um único processo de insolvência englobando todos os bens do devedor, onde quer que estejam localizados tais bens. Isso significa que as regras do país em que se der a abertura do processo será aplicável em âmbito internacional, consagrando o princípio da unicidade.

José Xavier Carvalho de Mendonça, adepto a teoria universalista, assegura que a referida teoria atua em prol do interesse geral, não se restringindo ao interesse de um único país, em especial àquele em que será instaurado o processo falimentar principal. Ademais, havendo um único processo, segundo ele, resta indubitável a redução dos custos procedimentais com a maximização dos resultados, uma vez que evita decisões contraditórias.⁵

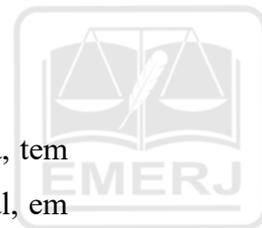
Todavia, impende destacar uma das principais questões que circundam a teoria universalista, consiste na dificuldade em se definir qual o juízo universal competente para processar a falência ou a recuperação transnacional. Isso porque, nessa toada, surgem teses indicando ser o principal estabelecimento do devedor, outras no sentido de ser o local onde haja maior volume de negócios, ou seja, o local mais importante da atividade empresária sob o ponto de vista econômico, e outras ainda no sentido de ser o local onde o devedor possui maior parte de seu patrimônio. Logo, tal panorama reflete inequívoco e imensurável quadro de insegurança jurídica.

Ademais, o modelo universalista, viabiliza que o devedor manipule a escolha do foro competente para a instauração do processo de recuperação ou falência transnacional em prejuízo dos credores, o que seria inviável com a adoção o modelo territorialista, uma vez que nesse último, cada Estado resguardaria os interesses de seus credores locais, ensejando a compatibilização dos interesses globais, sem prejuízo da soberania dos estados.⁶

⁴ GUIMARÃES, Souza Guimarães. *Direito transnacional das Empresas em Dificuldades in Tratado de Direito Comercial – Falência e Recuperação de Empresa e Direito Marítimo* (coord. COELHO, Fábio Ulhoa). V. 7, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 21.

⁵ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. 8, Livro 5, 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 460 - apud CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: Contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado*. 2013. Tese - Universidade de São Paulo.

⁶ SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *A Insolvência Transnacional: Para Além da Regulação Estatal e na Direção Dos Acordos de Cooperação*. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco. *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 121-142.



Por sua vez, a Teoria Territorialista, no que toca à fixação da competência, tem por base o artigo 3º da Lei nº 11.101/05, e se pauta na ideia de soberania nacional, em que as normas de insolvência possuem validade única e exclusivamente restrita ao limite das fronteiras dos Estados soberanos. Assim, há a instauração de um processo principal, e tantos outros processos secundários nos países em que a sociedade tiver atuação e forem necessários para administrar o patrimônio do devedor, e por cooperação as decisões do juízo do processo principal serão adotadas no exterior, sem colocar em xeque a soberania de cada estado.⁷

Conforme ensina Márcio de Souza Guimarães, no territorialismo ocorre a aplicação da lei do país de abertura do processo, porém ela resulta na utilização de uma diversidade de leis diferentes - uma em cada caso -, para regular a insolvência do devedor. Em tal modelo, os juízos serão independentes e aplicarão cada qual, a lei de seu próprio país. Segundo o ilustre professor, em razão do referido modelo ser uma decorrência da própria soberania dos Estados, é o modelo que prevalece, em razão da ausência de regras específicas de direito internacional sobre insolvência mundial.⁸

Dessa forma, o modelo territorialista se mostra mais adequado em termos se conferir maior segurança jurídica, previsibilidade, sem violar o caro princípio da soberania dos estados.

Repise-se ainda, que o modelo territorialista, segundo Paulo Fernando Campana Filho, assegura maior proteção aos pequenos credores locais, posto que ensejam processos mais céleres, simples, e menos custosos. Tais fatos restam corroborados em razão da prescindibilidade de habilitação por parte dos referidos credores, em um processo de insolvência no estrangeiro com vistas de ter assegurado seus direitos creditórios, considerando os custos daí decorrentes.⁹

Diante do exposto, é indubitável as falhas e críticas que merecem prosperar atinentes a cada modelo explicitado. Assim sendo, a partir do século XIX, exsurge a propagação de modelos mistos – que consagram ideias intermediárias entre o modelo universalista e o modelo territorialista. Dessa forma, insta destacar que atualmente, prevalece a teoria do pós-universalismo, baseado no reconhecimento de cada jurisdição

⁷ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “*The Legal Framework For Cross-Border Insolvency In Brazil*”. *HoustonJournalOfInternationalLaw*. V. 32:1, p.104.

⁸ GUIMARÃES, Souza Guimarães. *Direito transnacional das Empresas em Dificuldades in Tratado de Direito Comercial – Falência e Recuperação de Empresa e Direito Marítimo* (coord. COELHO, Fábio Ulhoa). V. 7, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24.

⁹ CAMPANA FILHO, op. cit., p. 88



nacional, com previsão de cooperação internacional entre os juízos, delineando-se, assim, a harmonização de ambas as teorias.

3. EVOLUÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL

Conforme ensina Campana¹⁰, o Brasil deveria se inserir melhor no sistema globalizado, inclusive no que tange às normas de insolvência internacional, aproveitando as decisões internacionais que podem agilizar o processo de insolvência, permitir a adoção de medidas coordenadas de recuperação empresarial, beneficiando os próprios credores nacionais em outros procedimentos de insolvência.

É forçoso repisar que a atual normativa sobre o juízo falimentar e recuperacional é insuficiente para a regulação de situações envolvendo subsidiárias estrangeiras, falência e recuperação judicial de grupos societários, reconhecimento de processos secundários de insolvência e muitas outras complexidades da matéria. A insuficiência se justifica, pois o dispositivo foi elaborado a princípio para reger a organização judiciária interna da falência e recuperação. Ademais, a sua aplicação para os aspectos transfronteiriços decorre da ausência de norma brasileira que regule o tema atualmente.¹¹

Dessa forma, impende destacar que o nosso aparato legislativo atual é contrário à inserção do país na economia internacional¹², além disso, a conjuntura econômica e social atual retrata a urgente necessidade de regulamentação por parte do legislativo brasileiro acerca da insolvência transnacional, não havendo mais espaço para que o país se mantenha inerte e omissos perante o tema.

Diante do acima exposto, e a fim de corroborar o cenário de insegurança jurídica, é pertinente citar dois casos emblemáticos ocorridos no TJ/RJ em que o tribunal foi instado a se manifestar acerca do pedido recuperacional de grupos societários complexos, com subsidiárias autônomas situadas no exterior, qual seja o caso OGX e o caso OI.

No caso OGX, a sociedade OGX Petróleo e Gás Participações S/A, sediada no Rio de Janeiro, e suas controladas, sendo duas delas sociedades austríacas que operavam apenas e tão somente em função da controladora, requereram recuperação judicial. O

¹⁰ CAMPANA, Paulo Fernando. *Falência Transnacional. GEP -Grupo de Estudos Preparatórios do Congresso de Direito*. Disponível em: www.congressodireitocomercial.org.br/site/imagens/torcieis/pdfs/gep6.pdf. Acesso em: 22 jun.2011

¹¹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção e ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. *Insolvência Transnacional e Direito Falimentar Brasileiro. Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v.19, n. 74, p. 50-51.2016

¹² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. V. 3*, São Paulo: Saraiva, 2018, p.66.



feito¹³ foi distribuído para a 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do estado do Rio de Janeiro, tendo a decisão de processamento admitido apenas o pedido recuperacional das sociedades brasileiras com esteio no parecer da Promotoria de Justiça de Massas Falidas do MP/RJ.

O parecer ministerial, concluiu que sob o ponto de vista jurídico a inclusão das sociedades estrangeiras configurava um inadmissível “extravasamento da jurisdição brasileira”, e que sob a óptica econômica levaria a grande insegurança jurídica. De acordo com o Ministério Público, como as sociedades austríacas tinham domicílio no exterior aplicar-se-ia a regra do artigo 12 do Decreto-lei 4657 de 1942 de acordo com a qual a obrigação tendo se constituído no exterior, deveria ser lá cumprida.

Dessa forma, conforme nos ensina Campana Filho¹⁴, o Ministério Público entendeu que como o Grupo OGX havia optado por constituir sociedades no exterior deveria arcar com os ônus daí decorrentes. Logo, resta evidente que o Parquet adotou, em tal ocasião, a teoria territorialista dos efeitos da falência e que, portanto, decisões proferidas pelo juízo perante o qual se processava a recuperação judicial do grupo OGX poderiam apenas ter eficácia nos limites das fronteiras territoriais brasileiras.

Dentre outros argumentos, corroborando os invocados pelo Ministério Público, a negativa do juízo falimentar, se deu em razão da inexistir na legislação brasileira mecanismo de cooperação internacional ou legislação própria que possibilite o processamento de uma recuperação multinacional por juízo brasileiro.

Todavia, as sociedades estrangeiras, irredimidas, opuseram agravo de instrumento, tendo a Quarta Câmara Cível prolatado decisão favorável àquelas, no sentido de ser possível contemplar os credores nacionais e estrangeiros em plano comum de recuperação no Brasil à luz da preservação das sociedades que constituíam o mais extenso grupo econômico brasileiro voltado à exploração de petróleo e gás, com desenvolvimento econômico e social do Brasil, gerando empregos.¹⁵

Diante do exposto, conforme afirma Campana Filho¹⁶ o caso OGX foi palco de um debate, até então inédito no judiciário brasileiro, a respeito dos efeitos extraterritoriais

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Judicial nº 0377620-56.2013.8.19.0001*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2013.001.333343-2>. Acesso em: 17 out. 2018.

¹⁴ CAMPANA, FILHO. Paulo Fernando. O caso OGX e a questão do ajuizamento de recuperação judicial de sociedades estrangeiras no Brasil. *Revista Comercialista*, Edição Especial, ano 4, v.13.

¹⁵ ALVES; ROCHA, op. cit., p. 59

¹⁶ CAMPANA, FILHO, op. cit., p. 31



dos processos de recuperação judicial – e uma das raras ocasiões em que questões de direito falimentar internacional foram examinadas pela justiça no Brasil.

As controvérsias do caso OGX replicaram de certa forma, as intensas discussões acadêmicas, travadas há mais de um século entre autores de diversos países, entre o modelo teórico do territorialismo – que preza o respeito à soberania e aos direitos dos credores locais, ao restringir os efeitos dos processos falimentares às fronteiras estatais – e do universalismo – que, em nome do tratamento igualitário entre os credores e a eficiência na administração dos ativos do devedor, prega que os processos devam ter alcance global, produzindo efeitos extraterritoriais.

No que toca ao caso Oi, cumpre ressaltar que o Grupo Oi requereu pedido de recuperação judicial em junho de 2016, tendo sido o feito distribuído à 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro¹⁷, envolvendo as sociedades Oi S.A., Telemar Norte Leste S.A., Oi Móvel S.A., Copart 4 Participações S.A., Copart 5 Participações S.A., Portugal Telecom International Finance B.V. e Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A., dentre elas sociedades estrangeiras sem sede no Brasil, incorrendo na mesma lacuna legislativa do caso OGX acima explicitado.

Insta salientar que o processamento da recuperação foi deferido pelo juízo, e nesse caso o parecer ministerial foi em sentido diverso do emitido no Caso OGX. Isso porque, a 1ª Promotoria de Justiça de Massas Falidas do Ministério Público do Rio de Janeiro emitiu parecer favorável ao maior pedido da história do país. Frise-se que o parecer foi uma mudança de postura em relação ao que vinha sendo recomendado até então no tocante a subsidiárias estrangeiras.

De acordo com o parecer, do promotor de Justiça, à época, Márcio Souza Guimarães, o processo principal seria no Rio de Janeiro e os processos secundários seriam instaurados nos países em que a sociedade identificar interesse jurídico, “sendo possível a comunicação entre os Juízes”. Conclui-se, portanto, a adoção do sistema universalista no caso Grupo Oi.

O Poder Judiciário¹⁸, depara-se, então, com o pedido de recuperação judicial de um dos maiores conglomerados empresariais do mundo, com magnitude de operações em

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNO ME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2016.001.176528-1>. Acesso em: 17 out. 2018.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2016.001.176528-1>. Acesso em: 17 out. 2018.

todos os Estados brasileiros, e com forte impacto social em todas as estruturas da sociedade. Nesse sentido, afirmou o juízo:

O GRUPO OI tem receita líquida expressiva e desempenha serviços públicos e privados inequivocamente essenciais para a população brasileira. Ademais, gera dezenas de milhares de empregos diretos e indiretos, bem como recolhe, ao Poder Público, bilhões de reais a título de tributos. As referidas peculiaridades revelam a necessidade de este Juízo exercer o seu mister constitucional de preservação da empresa, fonte de empregos e de riquezas para toda a sociedade. Afinal, ao se socorrerem do Poder Judiciário, neste momento de crise global, as requerentes pretendem superar as dificuldades, a fim de atingir os seus objetivos sociais. Para que uma recuperação seja viável, cabe ao Magistrado, além de observar o ordenamento jurídico, adotar todas as medidas necessárias ao cumprimento do dever legal de viabilizar a preservação da empresa, seja ela uma sociedade empresária de pequeno porte ou, como ocorre neste caso, um relevante grupo econômico, com ramificações internacionais, que movimentam bilhões de reais, anualmente.

Dessa forma, a recuperação judicial do grupo vem sendo processada por aquele juízo e devemos aguardar que a finalidade do instituto – recuperação judicial – seja alcançada ao final com o efetivo soerguimento das sociedades empresárias envolvidas.

No tocante à questão legislativa, atualmente, enfrentamos um cenário de escassez acerca da insolvência transnacional. Todavia, há um projeto de lei para a reforma da Lei nº 11.101/05, no Ministério da Fazenda, acrescentando dispositivos ao art. 167¹⁹, com

¹⁹BRASIL. *Projeto de lei nº 10.220/2018*, de 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/ProposicoesWeb/Fichadetramitacao?idProposicao=2174927>. Acesso em: 27 out. 2018.

“Art. 167-A. O propósito deste capítulo é o de incorporar, com modificações, a Lei- Modelo UNCITRAL em matéria de Insolvência Transfronteiriça, ao ordenamento jurídico brasileiro, objetivando proporcionar mecanismos efetivos para:

I – cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do Brasil e de outros países em casos de insolvência transfronteiriça;

II – aumento de segurança jurídica para a atividade econômica e para o investimento;

III – administração justa e eficiente de processos de insolvência transfronteiriça de modo a proteger os interesses de todos os credores e dos demais interessados, inclusive do devedor;

IV – proteção e maximização do valor dos ativos do devedor; e

V – promoção da recuperação de empresas em crise econômico-financeira, com a proteção de investimentos e preservação de empregos. (...)”

“(…) Art. 167-D . O juízo do local do principal estabelecimento do devedor no Brasil é o competente para reconhecimento de processo estrangeiro e para a cooperação com a autoridade estrangeira nos termos deste Capítulo.

§ 1º. A distribuição do pedido de reconhecimento do processo estrangeiro previne a jurisdição para qualquer pedido de falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial relativo ao devedor.

§ 2º. A distribuição do pedido de falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial previne a jurisdição para qualquer pedido de reconhecimento de processo estrangeiro relativo ao devedor.”

“(…) Art. 167-E. Está autorizado, independentemente de decisão judicial, a atuar em outros países, na qualidade de representante do processo brasileiro, desde que essa providência seja permitida pela lei do país em que tramitam os processos estrangeiros:

Na recuperação judicial, o administrador judicial, o devedor e, quando este for afastado, o gestor judicial;

Na recuperação extrajudicial, o devedor; e

Na falência, o administrador judicial. (...)”



vistas a incorporar, com modificações a Lei – modelo UNCITRAL em matéria de Insolvência transnacional ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, insta mencionar o Projeto de Lei que institui o Código Comercial da Câmara dos Deputados (PL 1.572711), que dentre outras novidade legislativa, traz tratativa acerca da insolvência transnacional, já bem consolidada no direito norte americano e cada vez mais estruturada na União Europeia.

De acordo com os ensinamentos de Sérgio Campinho, Márcio Guimarães e Paulo Penalva²⁰, o projeto do Código Comercial posiciona o Brasil na vanguarda mundial, ao legislar, na parte geral do Projeto de Código Comercial, sobre os princípios aplicáveis à falência transnacional, no § 5º, do artigo 9º, restando clarificado que:

os juízos brasileiros devem cooperar diretamente com os juízos falimentares estrangeiros, na forma deste Código e da lei, quando a crise da empresa tiver repercussão transnacional, com vistas aos seguintes objetivos: I – aumentar a segurança jurídica na exploração de empresas e na realização de investimentos no Brasil; II – eficiência na tramitação dos processos de falência e recuperação judicial transnacionais; III – justa proteção dos direitos dos credores e do devedor; IV – maximização do valor dos bens do devedor; e V – facilitação da recuperação da empresa em crise. Adiante, ao inserir o capítulo VII-A, à Lei 11.101/05, dispondo sobre a falência transnacional, incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro a lei modelo da Uncitral, disciplinando a cooperação entre o juízo brasileiro e os estrangeiros (artigo 188-A), sem a necessidade de carta rogatória (artigo 188-G) ou tradução juramentada (artigo 188-C, §1º), respeitado o princípio da ordem pública (artigo 188-I), com a previsão de que haverá um juízo principal (main proceeding) e um subsidiário (non-main proceeding) (artigo 188-N, I), respeitando a jurisdição (soberania) de cada país, exatamente nos termos das legislações mundiais mais avançadas sobre o tema.

Diante do exposto, se espera o adequado trâmite legislativo no Congresso a fim de que possamos sanar a escassez legislativa e o quadro de insegurança jurídica que realmente vigora no Brasil em termos de insolvência transnacional. Assim, estaremos em consonância com o mercado globalizado em que a atividade empresarial é mola propulsora.

CONCLUSÃO

Art. 167-F . O representante estrangeiro está legitimado a postular diretamente ao juiz brasileiro, nos termos deste Capítulo.

§1o. O pedido feito ao juiz brasileiro não sujeita o representante estrangeiro e nem o devedor, seus bens e atividades, à jurisdição brasileira, exceto no que diz respeito aos estritos limites do pedido...

Art. 167-G. Os credores estrangeiros têm os mesmos direitos conferidos aos credores nacionais nos processos de falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial.” Disponível em: <https://www.camara.leg.br/ProposicoesWeb/Fichadetramitacao?idProposicao=2174927> . Acesso em: 27 out. 2018.

²⁰ CAMPINHO, Sérgio; GUIMARÃES, Márcio de Souza; SANTOS, Paulo Penalva. *A falência transnacional no Projeto do Código Comercial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-17/falencia-transnacional-projeto-codigo-comercial>. Acesso em: 22 de set.2018.



Esta pesquisa constatou, como problemática essencial a ausência de solução legal para a Insolvência Transnacional. Isso porque a lei de Recuperação e Falência, no tocante à recuperação de sociedades empresárias contempla apenas a hipótese do pedido de recuperação por parte de sociedades estrangeiras que tenham filial no Brasil, o que evidencia uma omissão legislativa causadora de um cenário de extrema insegurança jurídica.

Diante da internacionalização das sociedades empresárias e dos complexos grupos econômicos constituídos, se faz necessário um ordenamento jurídico robusto que contemple soluções protetivas e eficazes com vistas à recuperação e reestruturação das sociedades em dificuldades.

Tal cenário no Brasil, como restou comprovado, evidenciou a necessidade do aplicador do direito buscar no ordenamento jurídico uma resposta, tendo sido constatada a aplicação do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – que prevê a analogia, por meio da qual seria viabilizado o processamento da recuperação judicial de sociedades transnacionais com base na Lei Modelo UNCITRAL (*United Nations Commission International Trade Law*).

É forçoso repisar que retratando o cenário de insegurança jurídica acerca do tema, quando o Judiciário brasileiro foi instado a se manifestar acerca da Insolvência Transnacional - caso OGX - caso OI -, atribuiu soluções diversas, posto que dentre outros aspectos no primeiro caso se pautou na Teoria Universalista e no segundo na Teoria Territorialista.

Como resultado das breves reflexões elucidadas ao longo da presente pesquisa, foi possível concluir que a omissão legislativa no tocante à insolvência transnacional precisa ser urgentemente superada diante do cenário econômico mundial em que se vislumbra a consolidação de um mercado global. Insta salientar que tal solução seria um grande atrativo para investimentos estrangeiros, bem como pacificaria de forma equânime o tratamento judicial da questão.

Por fim, o entendimento a que chegou a pesquisadora consubstancia-se na ideia de que se revela urgente a aprovação do Anteprojeto do Código Comercial (PL 1.572/11), que possui tratativa clara e precisa acerca da Insolvência Transnacional, extirpando a insegurança jurídica que ora paira no cenário nacional.



REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. Insolvência Transnacional e Direito Falimentar Brasileiro. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v.19, n. 74, p. 59.2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *HC nº 91.352*, rel. min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. em 28.2.2008, DJe-070; grifou-se. No mesmo sentido, veja-se: HC 91.041, rel. min. Cármen Lúcia, rel. p/ acórdão min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 5.6.2007, DJe-082; RE no 377040, rel. min. Moreira Alves, j. 28.3.2003, DJ 12.5.2003; HC 93443, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 29.4.2008, DJe- 117. No STJ, veja-se, entre outros, o REsp 840.690/DF, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 19/8/2010, DJe 28/9/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2517275>. Acesso em: 06 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2016.001.176528-1>. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Judicial nº 0377620-56.2013.8.19.0001*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2013.001.333343-2>. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2016.001.176528-1>. Acesso em: 17 out. 2018.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “*The Legal Framework For Cross-Border Insolvency In Brazil*”. *HoustonJournalOfInternationalLaw*.V. 32:1.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. O caso OGX e a questão do ajuizamento de recuperação judicial de sociedades estrangeiras no Brasil. *Revista Comercialista*, Edição Especial, ano 4, v.13.

_____. *A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado*. Tese de Doutorado, apresentada na Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, 2003.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa – o novo regime da insolvência empresarial*, 5 ed. São Paulo: Renovar, 2010.

CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997)*. Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html. Acesso em: 11 nov. 2018.



COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de empresas*, São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *DECRETO-LEI N° 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 07 mai. 2018.

GUIMARÃES, Souza Guimarães. *Direito transnacional das Empresas em Dificuldades in Tratado de Direito Comercial – Falência e Recuperação de Empresa e Direito Marítimo*. V. 7, São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: Contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado*. 2013. Tese - Universidade de São Paulo.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. V. 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1975.

SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. A Insolvência Transnacional: Para Além da Regulação Estatal e na Direção Dos Acordos de Cooperação. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco. *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.



A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ALIMENTANTE DIANTE DA LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ DO ALIMENTADO

Rayene Fortes de Castro

Graduada em direito pela faculdade Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – Com as mutações sociais, o direito a prestação de alimentos foi ampliado e não está abrangendo apenas as relações sanguíneas, tendo como princípio norteador o princípio da dignidade humana. Diante do ato do ser humano de se eximir da sua responsabilidade com a sua independência financeira, isso fez com que surgisse a chamada “indústria da pensão alimentícia”, crescendo assim o número de ações judiciais a fim de configurar uma falsa necessidade para a obrigação alimentar. A finalidade do trabalho é abordar a prática de condutas de má-fé pelo alimentado para obter o pensionamento e a aplicação da responsabilidade civil.

Palavras chaves: Direito de família. Alimentos. Alimentante. Responsabilidade Civil. Má fé. Alimentado.

Sumário – Introdução. 1. Da ocorrência do superendividamento e a obrigação alimentar 2. Extinção da pensão alimentícia em sede de tutela de provisória. 3. Aplicação da teoria da perda de uma chance nos direitos de alimentos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a possibilidade da reparação civil do alimentante pelo alimentado que age de má-fé para obter a pensão alimentícia dentro de um contexto constitucional do direito de família. Busca deixar claro que a prestação de alimentos de uma forma arbitrária pode gerar sérias consequências para o alimentante, sendo necessário haver um limite, uma consequência para o abuso do direito de alimentos.

Para isso, se fez necessário a abordagem das posições jurisprudenciais e doutrinárias a respeito do tema tratado nesse trabalho, a fim de discutir e analisar os limites do princípio da dignidade da pessoa humana a ponto de justificar a responsabilidade civil nas hipóteses em que o alimentado age de má-fé para obter a pensão alimentícia.

O princípio da dignidade da pessoa humana está estabelecido na Constituição Federal, que prevê uma vida digna a todos, tendo como base fundamental para o direito aos alimentos. Apesar de ser coibido judicialmente a prestação de alimentos, muitos alimentantes realizam o seu dever de prestar alimentos de forma correta nos termos da lei, porém, em alguns casos, a

suposta necessidade alegada pelo alimentado no processo é falsa.

Contudo, a responsabilidade civil do alimentado não é regulada pelo ordenamento jurídico e com isso fez surgir algumas observações que devem ser feitas: é possível a reparação civil do alimentante pelo alimentado? Qual a consequência do alimentado que age de má-fé e abusa do direito de alimentos? Deve ter a reparação do dano causado ao alimentante pela má-fé do alimentado? E quem deve reparar esse dano?

O presente tema não é tratado pela doutrina e só houve um caso de responsabilidade civil no direito de família tratado pelos Tribunais Superiores, tendo em vista a delicadeza que existe no direito de família.

Para compreender melhor o tema tratado, se objetiva a apresentar a possibilidade que o ser humano tem para obter a pensão alimentícia e o trinômio: necessidade X proporcionalidade X possibilidade. Compromete - se apresentar com muita atenção a possibilidade de indenização em favor do alimentante pelo alimentado nos casos, em que age de má-fé, abusando de um direito.

Inicia -se o primeiro capítulo com a abordagem da existência da possibilidade de haver a falta de determinação e comodismo do alimentado para prover o seu próprio sustento não sendo configurado a necessidade que exige para exigir pensão alimentícia, tendo assim uma violação a lei.

Enquanto que, o segundo capítulo visa enfrentar a possibilidade do alimentante obter a extinção da pensão alimentícia via tutela de urgência, com o objetivo de fornecer uma decisão jurisdicional mais rápida ao alimentante diante dos meios fraudulentos utilizados pelo alimentado para exercer o direito aos alimentos.

O terceiro capítulo procura analisar a possibilidade de reparação civil diante da perda de uma chance, uma oportunidade do alimentante diante do pagamento da pensão alimentícia nos casos em que há uma falsa necessidade alegada pelo alimentado.

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 (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. DA OCORRÊNCIA DO SUPERENDIVIDAMENTO E A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

O direito aos alimentos consiste em um direito de toda pessoa que não possui recursos necessários para manter a sua sobrevivência, sendo denominada pela lei de alimentado. O seu fundamento é o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial a sua sobrevivência.

Os alimentos são devidos aos filhos, ex – cônjuges, ex – companheiros e parentes que não conseguem prover a própria subsistência, conforme artigo 1695 do Código Civil. Contudo, o dever de prestar os alimentos é feito com base na análise do trinômio necessidade X proporcionalidade X possibilidade.

O alimentado possui o ônus da prova comprovar a necessidade dos alimentos, uma vez que, comprovado essa, o alimentante terá uma porcentagem do seu rendimento mensal transferido ao alimentado, a fim de garantir a subsistência de uma vida digna deste.

O ordenamento jurídico estabelece sanções em face do alimentante que não realize o pagamento da pensão alimentícia em favor do alimentado. Entretanto, não há previsão específica de sanção para caso de responsabilidade civil em face do alimentado que age de má-fé para o recebimento da pensão alimentícia.

Com o passar dos anos, o alimentado começou a adotar como forma de vida a sobrevivência pela pensão alimentícia, sendo chamado no dia – a – dia de “indústria da pensão alimentícia” e, deixou de lutar para conquistar a sua independência financeira. O alimentado se prevalece de tal direito e da ausência de responsabilidade legal para casos em que age de má-fé para praticar atos fraudulentos a fim de obter a pensão.

A alegação da falsa necessidade e a sua comprovação pelo alimentado pode gerar prejuízos imensos ao alimentante, em virtude da restrição de uma parcela de sua renda. A pensão alimentícia não pode ser confundida como “fonte de renda extra” ou até mesmo como “aposentadoria precoce” pelo alimentado.

Contudo, é importante ressaltar que a utilização de dados ou informações falsas para obter proveito próprio ou alheio é crime previsto no Código Penal¹ e, permitir a inércia do

1 BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

poder judiciário nesses casos não deve ser tolerado, tendo em vista que viola todo o ordenamento jurídico.

O princípio da veracidade, previsto no artigo 80, I do Código de Processo Civil², deve ser respeitado por todos que compõe a relação processual, bem como o princípio da probidade, principalmente pelo trabalho e o custo financeiro que o Poder Judiciário possui com cada ação judicial.

A boa fé objetiva é aplicada nas relações privadas, sendo totalmente cabível a sua aplicação no direito de família. Conforme entende Vicente Greco Filho³ “[...] o processo deve ser um instrumento de resolução de conflitos e não um instrumento de vingança ou mesmo de qualquer outro sentimento incompatível com os preceitos que devem reger a relação processual”.

A alteração da verdade é considerada como um ato produzido pelo litigante de má-fé, conforme artigo 80, II do Código de Processo Civil, sendo cabível a aplicação de pagamento de multa, indenização a parte contrária aos prejuízos sofridos e as despesas processuais.

O Código Civil⁴ no caput do artigo 884 veda o enriquecimento sem causa e é com esse fundamento que deve ser admitido a responsabilidade civil no direito de família principalmente ao que tange o direito de alimentos. Sendo assim, o Judiciário não pode tolerar que o alimentado se locuplete às expensas do alimentante.

Ademais, se faz necessário a aplicação do princípio da teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana, na qual deve incidir nos casos em que a falta de patrimônio mínimo de alguém gera o sacrifício de sua dignidade. Sendo assim, deve ser colocado em primeiro lugar a pessoa (o alimentante) e suas necessidades essenciais.

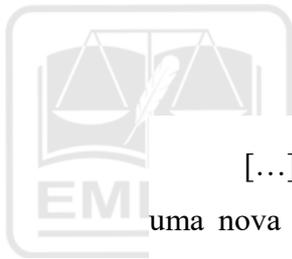
Ora, a doutrina ao aceitar aplicável a teoria da aparência para analisar a efetiva capacidade do devedor, inclusive sendo cabível tal análise por meio das redes sociais, é perfeitamente cabível a aplicação da referida teoria para analisar a efetiva necessidade do alimentado, tendo em vista que se faz cabível a prestação de alimentos diante das reais e concretas necessidades, bem como diante dos reais e concretos rendimentos do alimentando.

Nesse sentido, imagine a seguinte hipótese:

2 BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 set. 2018.

3 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. V. 1º. Ed. São Paulo. Saraiva, 2003.

4 BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 set. 2018.



[...] a mulher divorciada que recebe pensão do ex – marido e oculta a constituição de uma nova entidade familiar. Neste caso, não mais havendo necessidade de percepção dos alimentos, caracterizar – se – ia enriquecimento sem causa e sujeitaria o indevido beneficiário à repetição do que recebeu ilicitamente⁵.

Convém ressaltar que já se sustenta na doutrina, conforme ponderação de Rolf Madaleno⁶, ser “injusto não restituir alimentos claramente indevido” por configurar “notória infração ao princípio do não enriquecimento sem causa”.

Apesar da pensão alimentícia ser determinada com base no trinômio necessidade X proporcionalidade X possibilidade, diante da falsa alegação da necessidade pelo alimentado, o alimentante poderá ter um percentual alto de sua renda transferida ao alimentado para o pagamento da pensão alimentícia. Contudo, é possível que o alimentante passe a ser o hipossuficiente da relação processual, sendo limitado a determinadas despesas e a diminuição de receitas para manter o sustento do alimentado.

A ocorrência da litigância de má-fé do alimentado, a fim de continuar a receber o pensionamento, pode contribuir para o superendividamento do alimentante, tendo em vista o avanço da economia no Brasil. O superendividamento tem sido cada vez mais comum, o qual tem como ideia central a impossibilidade da pessoa física quitar as suas dívidas com o seu rendimento mensal.

O alimentado que age de má-fé para obter a pensão alimentícia diante de informações errôneas comete um ato ilícito. Para a configuração do ato ilícito não basta que seja demonstrado a culpa, mas se faz necessário também demonstrar a intenção de provocar dano, de ter atuado com malícia, de forma dolosa a outrem.

Ao apresentar informações falsas a fim de obter um direito que não possui, o alimentado demonstra o dolo de agir, a intenção de provocar um dano patrimonial no rendimento mensal do alimentante, que assume o risco da ocorrência deste. No entanto, essas atitudes não podem ser toleradas pelo Poder Judiciário sem nenhuma sanção.

Alguns doutrinadores já admitem a responsabilidade civil no direito de família. Há uma parcela da doutrina, como Gustavo Tepedino⁷ e Aparecida Amarante⁸, que entendem que

5 NANNI apud FARIAS, Cristiano Chaves de Freitas de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Juspodivm, 2018, p.1689

6 MADALENO, Rolf. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 57.

7 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 367-388.

8 AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 35.

a responsabilidade civil pode ocorrer somente nos casos genéricos da caracterização de um ato ilícito. Outra parte da doutrina, como Inácio de Carvalho Neto⁹, sustenta que nesses casos admite – se a responsabilização civil, sendo devida a indenização tanto no caso geral de ilicitude (artigo 186 e 187 do Código Civil), bem como em casos em que ocorre a violação de deveres familiares específicos.

Corroborando tal entendimento, há a decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁰ no sentido de que “Inexistem restrições à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família [...]”

A atitude do alimentado em fraudar provas para alegar uma necessidade que não coaduna com a verdade deve ser responsabilizada, principalmente se tal atitude contribuir para a ocorrência do superendividamento do alimentante, por exemplo.

A responsabilidade civil em face do alimentado se traduz em uma proteção ao alimentante, caso seja comprovado a intenção daquele em provocar um dano ou agir de tal maneira a fim de obter um direito indevido.

A conduta de má-fé do alimentado em fraudar provas viola, não apenas o direito do alimentante em ter o seu rendimento mensal protegido, mas também o Poder Judiciário, tendo em vista o desvio do tempo produtivo de todos os servidores, o uso da máquina pública e os custos por isso de forma indevida.

Admitir um ato de má-fé por motivo fútil, que é o comodismo do alimentado, é violar não apenas o direito de uma das partes, mas de toda a justiça.

2. EXTINÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA EM SEDE DE TUTELA DE PROVISÓRIA

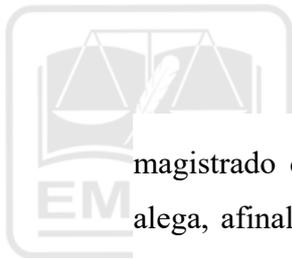
A extinção da pensão alimentícia pode ocorrer quando o alimentante não possui recursos suficientes para continuar prestando os alimentos, quando o alimentado consegue a sua independência financeira e até mesmo quando o alimentante comprova que o alimentado não necessita de tais recursos, conforme art. 1699 do Código Civil¹¹.

Contudo, todas as hipóteses de extinção da pensão alimentícia deve ser analisada pelo

9 CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 253-284.

10 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

11 BRASIL, op. cit., nota 3.



magistrado de forma casuística, bem como deve ser comprovada cada alegação por quem alega, afinal, trata-se do direito que tutela a dignidade do ser humano por meio do mínimo existencial para a sobrevivência deste.

Entretanto, diante das supostas alegações mencionadas no capítulo anterior que o alimentado pode alegar na ação judicial para obter o direito aos alimentos, é totalmente possível que o alimentante ingresse em uma situação de endividamento. Tendo em vista que estamos em um país capitalista e que a cada dia cresce mais os serviços de créditos, o que proporciona a realização do sonho de diversas pessoas, seja pela aquisição da casa própria, o carro ou a realização de uma viagem. Inúmeras pessoas ao se depararem com a possibilidade de realizar diversos projetos e sonhos, não se planejam financeiramente e no fim das contas se veem em uma situação chamada atualmente de superendividamento.

O fenômeno do superendividamento afasta o elemento da possibilidade que compõe o trinômio (possibilidade X necessidade X proporcionalidade), na medida em que não é justo o alimentante se endividar ainda mais para prover o sustento do alimentado, quando não consegue prover nem o seu.

Todavia, sabendo que as dívidas pessoais contraídas podem ser classificadas, às vezes, como supérfluas, deve-se ter em mente que o alimentante, assim como qualquer outra pessoa tem gastos necessários com sua vida pessoal e familiar.

Diante de toda burocracia e toda demora no poder judiciário, pode ocorrer o caso de uma pessoa não conseguir obter uma sentença favorável ou com o tempo razoável de extinção da pensão alimentícia. Presente uma situação desta, o alimentante pode passar meses ou até anos com a piora na sua situação financeira.

Tal caso pode ser representado pelo confronto de dois bens jurídicos: a saúde do alimentante, que se encontra superendividado X a vida do alimentado (obrigação alimentícia). No entanto, a situação deve ser analisada de forma para que possamos perceber até que ponto é necessário um procedimento formal para a extinção da pensão alimentícia.

No caso de uma pessoa que ajuíza uma ação de obrigação de fazer em face de determinado hospital ou plano de saúde, em virtude de sério problema de saúde e, essa se encontra endividada e pagadora de pensão alimentícia. É sabido que após um procedimento cirúrgico tem o pós-cirúrgico que, normalmente, exige a necessidade de gastos com medicamentos. Ao se deparar com uma situação dessa, seria necessário que esta pessoa

ajuizasse uma ação de extinção de pensão alimentícia? O que impede a análise do pedido de extinção de pensão alimentícia em sede de tutela provisória? Caso esta pessoa não conseguisse obter a sentença extinguindo a obrigação alimentar, como ficaria a sua situação?

Os alimentos são irrepetíveis, então, é inegável que sobrepor o direito a alimentos do alimentado a vida do alimentante pode gerar inclusive prejuízos irreparáveis. Em razão disso, deve haver outra solução de extinção dos alimentos em casos emergenciais.

No mundo jurídico, o Código de Processo Civil¹² estabelece a partir do artigo 294 as regras da tutela provisória, que tem como característica a transitoriedade, o que impede a produção de coisa julgada, diante da cognição sumária da decisão. Sendo assim, a tutela provisória é o meio pelo qual se pode obter o direito tutelado antes do julgamento da causa, desde que comprovado o periculum in mora e o fumus boni iuris.

Corroborando tal entendimento, diante da impossibilidade da concessão de medida liminar na ação exoneratória que dispõe o art. 13 da Lei nº 5478/68¹³, em razão do procedimento especial aplicado as ações de família (art. 693 a 699 do Código de Processo Civil¹⁴). Contudo, a doutrina¹⁵ não afasta a possibilidade da antecipação genérica da tutela jurisdicional se forem atendidos os requisitos do art. 300 e seguintes do CPC.

A obrigação alimentar tem a competência da vara de família, quando há a presente vara criada na comarca. A contrário sensu, as ações relacionadas a matéria do direito de família podem ser julgadas por vara cível ou em vara única.

No entanto, não há impedimento para o juiz de uma vara cível analisar um pedido de extinção de pensão alimentícia em sede de tutela provisória, uma vez que nada impede que, ao desaparecer tal situação crítica do alimentante, o alimentado proponha uma ação requerendo alimentos.

Tal situação deve ser analisada com uma grande sensibilidade, pois está sendo analisado duas vidas. O direito de uma pessoa ter uma vida digna não pode sobrepor o mesmo direito de outra pessoa.

A análise do pedido de extinção de pensão alimentícia em sede de tutela de urgência em uma outra ação não diminui ou não afasta o direito do alimentado. Este cenário deve ser

12 BRASIL, op. cit., nota 1.

13 BRASIL, Lei nº 5478/68. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>. Acesso em 22 out. 2018.

14 BRASIL, op. cit., nota 1.

15 FARIAS, Cristiano Chaves de Freitas de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Juspodivm, 2018, p. 1892.



visto como uma forma mais célere para o alimentante em situações de grandes e sérios problemas financeiros.

Tal situação não será a regra e, sim uma exceção. Por ser uma exceção, todos os fatos alegados devem ser comprovados, só podendo o juiz deferir tal pedido quando tiver total certeza da situação em que se encontra o alimentante, diante das provas produzidas. Convém lembrar que, o correto é o ajuizamento da ação de extinção de pensão alimentícia ou o peticionamento requerendo a extinção da obrigação alimentar em uma vara de família.

Ademais, não deve ser presumido prejuízo do alimentado no presente caso, inclusive para o alimentado que comprova a necessidade por meios fraudulentos, já que a tutela provisória pode não ser deferida ou ser revogada e ser concedido ao alimentante o direito de continuar a receber alimentos.

Por fim, diante da cognição sumária existente na tutela provisória, não há impedimento para a ocorrência desta no caso de superendividamento do alimentante ou até mesmo em outros casos de absoluta urgência em que haja conflito de bens jurídicos importantes.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A responsabilidade civil no âmbito familiar é certa e incontroversa, sendo divergente o alcance da ilicitude nas relações. Há autores como Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos¹⁶ e Inácio de Carvalho Neto¹⁷ que sustentam a ampliação da responsabilidade, sendo devida nos casos gerais de ilicitude e nos casos específicos que decorrem de violações dos direitos familiares. Por outro lado, há autores como Gustavo Tepedino¹⁸ e Aparecida Amarante¹⁹, que sustentam que só cabe responsabilização nos casos previstos genericamente no Código Civil²⁰.

A teoria da perda de uma chance consiste na possibilidade de indenização diante de uma oportunidade perdida ou a fim de se evitar a perda da oportunidade, sendo considerada

16 SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 153-175.

17 NETO, op. cit., p.253-284.

18 TEPEDINO, op. cit., p. 367-388.

19 AMARANTE, op. cit., p. 35.

20 BRASIL, op. cit., nota 3.

pelo ordenamento jurídico como uma quarta espécie de dano. Para a aplicação desta teoria é necessária a comprovação do ato ilícito ou abusivo por meio da análise da conduta danosa com o nexo causal, que conseqüentemente gera o direito a indenização.

O instituto ora em análise pode ser aplicado em diversos ramos do direito, em razão disso, a doutrina analisa a aplicação da teoria nas relações familiares de forma casuística. Contudo, não há razão para afastar a aplicação no direito de família, principalmente no direito aos alimentos, quando houver a caracterização de uma situação em que a prática de um ato ilícito ou de um abuso do direito impossibilita a obtenção de algo que era esperado pela vítima, seja um resultado positivo ou negativo, o que faz gerar um dano a ser reparado.

Inviabilizar a aplicação da teoria da perda de uma chance no direito alimentar é uma forma de fomentar o ócio do alimentado, bem como de propagar as condutas de má-fé que são praticadas pelo alimentado para obter ou postergar o recebimento da pensão alimentícia, excluindo totalmente a análise da possibilidade e das necessidades básicas que o alimentante possui para sobreviver. Tal caso caracterizaria uma verdadeira violação a Constituição da República Federativa do Brasil²¹ diante do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Contudo, conforme sustenta o doutrinador Cristiano Chaves de Farias²², a teoria já mencionada possui limite em sua aplicação, no que tange as rupturas de vínculos afetivos decorrente das manifestações das partes, pois afeto, carinho e amor são valores espirituais, que não possuem valores econômicos de exclusiva vontade das partes, não havendo uma imposição da lei.

Ademais, apesar do viés reparatório que a teoria possui, deve ser observado os direitos da liberdade, da privacidade e o princípio da dignidade humana, sendo todos previstos na Carta Magna²³.

Por ser recente no ordenamento jurídico, a teoria da perda de uma chance possui várias divergências doutrinárias, sendo uma delas quanto à espécie de dano. Porém, vislumbra - se a possibilidade da responsabilização ocorrer por dano moral e/ou patrimonial, o que depende da análise de cada caso concreto.

21 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

22 FARIAS. Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/182.pdf> Acesso em: 25 set. 2018.

23 BRASIL, op. cit., nota 20.



Diante disso, a teoria da perda de uma chance deve ser analisada de forma cautelosa, a fim de que configure a ausência de possibilidade por parte do alimentante em ter a oportunidade novamente ou de não ter como reverter o prejuízo pela perda, como por exemplo no caso em que a genitora esconde a gravidez e a paternidade do pai e do filho.

O recebimento de alimentos por meio de uma comprovação falsa da necessidade pelo alimentado e a não extinção da pensão alimentícia em casos emergenciais pode gerar um grande dano ao alimentante, praticado pelo alimentado pelo abuso do direito e pela prática de ato ilícito, o que cria uma necessidade da atuação judicial para combater tais injustiças.

No entanto, tais casos têm o condão de restringir a liberdade quanto a forma de gastar o dinheiro, ou seja, impedindo o alimentante de dispor do seu dinheiro de acordo com a sua necessidade no momento, o que pode ocasionar para o alimentante a perda de alguma oportunidade ou a impossibilidade de evitá-la, a qual pode não surgir novamente ou dificilmente pode ter o ressurgir, como por exemplo a compra de um medicamento para um tratamento de saúde ou o pagamento de dívidas para o restabelecimento da dignidade da vida.

A aplicação do instituto não deve ser para qualquer oportunidade que venha a surgir na vida do alimentado, tendo em vista que seria uma forma de banalizar a referida teoria caso a aplicação desta fosse para os casos em que o alimentante conseguisse obter de forma fácil ou rever tal situação com praticidade.

Ressalta – se que a oportunidade deve ser concreta e verdadeira, não servindo como objeto para aplicação da teoria em análise uma oportunidade hipotética, uma vez que prejuízos hipotéticos não são reparáveis.

Conclui – se que a teoria da perda de uma chance no direito de família é uma forma de responsabilizar o alimentado pela prática de condutas dotadas de má fé em favor do alimentante para compensar o ato ilícito ou o abuso do direito praticado pelo alimentado por meio da indenização.

CONCLUSÃO

O princípio da dignidade humana é a base do direito aos alimentos, a fim de garantir todas as necessidades básicas ao ser humano. Contudo, o conjunto de direitos e garantias que estão expressos na Constituição Federal consiste no conceito de necessidades básicas, sendo

assim engloba, além da alimentação, o direito à moradia, ao lazer, a educação, a saúde, entre outros.

A existência da necessidade, possibilidade e proporcionalidade faz surgir a prestação de alimentos. Todavia, a necessidade não significa perpetuidade, sendo possível a sua cessação, assim como é possível a alteração do cenário quanto a análise da possibilidade.

O trabalho visualiza o confronto entre a vontade do alimentado em face da vontade do alimentante. Porém, de forma mais restrita, trata-se do embate da falsa alegação da necessidade pelo alimentado em face da falta de possibilidade do alimentante, ambos os casos ligados a prestação alimentícia.

Em combate a perpetuidade da prestação de alimentos, a chamada “indústria de alimentos” se faz necessário determinar limites a tal direito. A imposição de tais limites que devem ser estabelecidos pelo Poder Judiciário tem a finalidade de evitar a arbitrariedade e o abuso do direito, diante da aplicação da responsabilidade civil em face do alimentado.

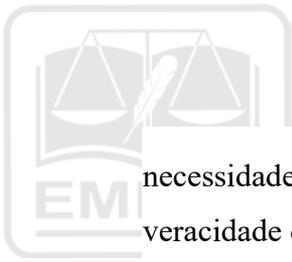
Por outrora, a alteração do cenário da possibilidade pode ocorrer de forma gravosa para o alimentante, o que gera em casos excepcionais a possibilidade de análise de pedido de extinção de alimentos em sede de tutela de urgência.

A aplicação da responsabilidade civil e o pedido de extinção de alimentos em tutela de urgência são mecanismos de controle da prestação de alimentos pelo judiciário, na qual tem a finalidade de aproximar mais o magistrado da veracidade de cada processo. Do outro lado, a aplicação da teoria da perda de uma chance é uma forma de compensação dos danos morais pelo ato ilícito cometido pelo alimentado.

Tais institutos têm o condão de evitar que seja causado uma confusão durante o processamento do processo e induza o juízo ao erro, assim como haja a demora em casos excepcionalmente urgentes. Logo, fica evidenciado que é uma forma de evitar prejuízo ao poder judiciário.

Os institutos defendidos nesse trabalho enseja a aplicação em face de qualquer alimentado, não sobrevivendo a distinção em relação a parentesco mais próximo, como filho, a fim de afastar tais institutos.

Apesar de a maioria das vezes ser o alimentante o possuidor de má-fé da ação de alimentos diante das condutas protelatórias para o não pagamento, esse trabalho evidencia a possibilidade do legitimado de má-fé ser o alimentado. Contudo, tenta demonstrar a



necessidade do magistrado ter um olhar mais cauteloso para o alimentado e a busca da veracidade das informações.

Atualmente, a obtenção de documentos e informações falsas é mais simples, sendo facilitado pelo uso da internet. Diante disso, sustenta-se a necessidade de analisar e levar em consideração os sinais exteriores de riquezas que são facilmente evidenciados por meio de redes sociais para analisar o elemento necessidade, em razão da desonestidade do ser humano. Tal análise não deve ser impedida já que é totalmente possível a ocorrência desta em face do alimentante no campo da possibilidade.

Todavia, a alegação de necessidade não pode ser entendida de forma absoluta por ser necessário evitar o fomento do ócio e, conseqüentemente a aposentadoria precoce em razão do recebimento de alimentos desnecessários.

Conclui-se que deve ser preservado o objetivo da obrigação alimentar de acordo com a veracidade dos fatos, para que não haja uma condenação indevida por meio de falsas alegações e seja evitada a “aposentadoria precoce” em razão do recebimento de alimentos desnecessários.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_At_02015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 set. 2018.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1159242*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. Curitiba: Juruá, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/_img/congressos/analises/182.pdf> Acesso em: 25 set. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de Freitas de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Juspodivm, 2018.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MADALENO, Rolf. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.



O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Renan Ferreira do Desterro

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

Resumo: A forma como é tratada a persecução penal no Brasil precisa ser revista, pois mesmo após a realização de reformas no Código Penal e no Código de Processo Penal, estas não foram aptas a concretizar o caráter ressocializador da pena. Com a finalidade de diminuir os problemas que o cárcere brasileiro enfrenta, fora publicada a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que por meio do acordo de não persecução penal visou soterrar o suposto princípio da obrigatoriedade da ação penal e fazer prevalecer o princípio da oportunidade penal, este sim em conformidade com as diretrizes da Constituição Federal, já que nem sempre a justiça retributiva deverá ser aplicada, mas tão somente aos crimes de alta potencialidade lesiva.

Palavras-chave - Acordo de não persecução penal. Princípio da obrigatoriedade da ação penal. Princípio da oportunidade penal. Ministério Público. Justiça Consensual.

Sumário - Introdução. 1. Da Constitucionalidade do acordo de não persecução penal 2. Do entendimento equivocado de violação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. 3. O Ministério Público como impulsionador de políticas criminais mediante a utilização do modelo da justiça consensual. Conclusão. Referências.

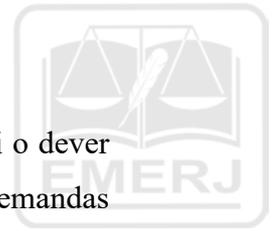
INTRODUÇÃO

A pesquisa irá analisar uma das possibilidades de diminuir o inchaço de demandas criminais no judiciário brasileiro. A pesquisa também visa enfrentar até onde a aplicação incondicional do princípio da obrigatoriedade da ação penal pode estar atrapalhando o sistema prisional pátrio, que vive um momento crítico devido sua superlotação carcerária.

Com o fim de melhorar a situação exposta acima, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181/2017, que confere a possibilidade do promotor de justiça celebrar um acordo de forma extrajudicial com o indivíduo que pratica crimes sem violência ou grave ameaça e cuja pena mínima não venha a ser superior a quatro anos.

No primeiro capítulo defenderemos a constitucionalidade da Resolução nº 181/2017, uma vez que ela ostenta natureza jurídica de ato normativo primário, sem tratar de questões de natureza penal e processuais.

No segundo capítulo, debateremos o entendimento equivocado de parte da doutrina pela vigência do princípio da obrigatoriedade da ação penal em nosso ordenamento jurídico.



Por fim, no terceiro capítulo, defenderemos que o Ministério público possui o dever de fomentar a implementação de políticas criminais, tendentes a desafogar as demandas criminais que assoberbam as varas criminais por meio da justiça consensual restaurativa.

1. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Em 7 de agosto de 2017 o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução n° 181/2017¹, posteriormente alterada pela Resolução n° 183/2018² do próprio CNMP, que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público (MP), trazendo para o ordenamento pátrio em seu artigo 18, o acordo de não persecução penal.

Segundo o art. 18 da Resolução n° 181/2017³, alterado pela Resolução n° 183/2018⁴, o acordo de não persecução penal será cabível quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n° 181*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

² Id. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n° 183*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

³ Id., op. cit., nota 1.

⁴ Id., op. cit., nota 2.



Em que pese as críticas que sustentam a inconstitucionalidade da Resolução, apresentaremos os fundamentos jurídicos que sustentam a constitucionalidade da mesma.

Primeiramente vale destacar, que o CNMP - órgão de controle interno do Ministério Público -, introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 4/04, possui atribuição para editar resoluções, nos termos do art. 130-A, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁵

Acerca da legitimidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que por via de consequência lógica se estende ao CNMP, em editar resoluções com caráter normativo, o Supremo Tribunal Federal no MS nº 27.621⁶ já se manifestou por tal possibilidade: “no exercício de suas atribuições administrativas, encontra-se o poder de expedir atos regulamentares. Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão”.⁷

Segundo Rodrigo Leite Ferreira Cabral⁸ tais atos regulamentares possuem caráter normativo – dotado de alta carga de generalidade e abstração – e são dotados de primariedade – busca seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal –. Características que são capazes de vincular todos os membros da magistratura e/ou do MP, conforme já entendeu o Supremo Tribunal Federal na ADC nº 12⁹:

[...] A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade [...].

Também, não deve ser acatado o argumento de que a resolução seria inconstitucional por vício de competência, uma vez que ela não afronta o art. 22, I, CRFB/88¹⁰, que impõe a competência privativa da União para legislar sobre normas processuais.

Ocorre que o acordo de não persecução penal não versa sobre matéria processual,

⁵ Id. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

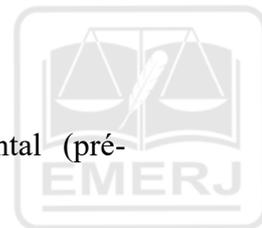
⁶ Id. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 27.621*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=92&dataPublicacaoDj=11/05/2012&incidente=2640757&codCapitulo=5&numMateria=67&codMateria=1>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. (Org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 30.

⁸ Ibid, p. 31.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 12*. Relator: Ministro Carlos Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹⁰ Id., op. cit., nota 3.



uma vez que as normas que o regulamentam possuem natureza procedimental (pré-processual).¹¹

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹² afirma, ainda, que para qualificar uma norma como de natureza processual penal deve-se existir o exercício de uma pretensão punitiva, ajuizada pelo legitimado constitucional – MP, nos termos do art. 129, I, CRFB/88¹³ -, perante uma autoridade judiciária competente, proposta em face do acusado, no qual esse estará acobertado pelo manto das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, nos termos do art. 5º, LV, CRFB/88¹⁴. Entendimento já delineado pelo STF na ADI nº 2.970¹⁵:

[...] são normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa *finalis* da jurisdição [...].

Mediante o exposto acima, fica evidente a natureza procedimental do acordo, pois ele é como o próprio nome diz um ajuste de vontade entre o investigado e o membro do MP, que se opera na via extrajudicial, à ser celebrado no bojo de um procedimento administrativo investigatório¹⁶, não se subsumindo, destarte, a cláusula do art. 22, I, da CRFB/88¹⁷.

A Corte Suprema na ADI nº 2.886¹⁸ já se manifestou no sentido de que normas de natureza procedimentais não estão inseridas no rol de competência privativa da União:

[...] A legislação que disciplina o inquérito policial não se inclui no âmbito estrito do processo penal, cuja competência é privativa da União (art. 22, I, CF), pois o inquérito é procedimento subsumido nos limites da competência legislativa concorrente, a teor do art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988, tal como já decidido reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal [...].

O ponto mais tormentoso da resolução é afastar o entendimento que a matéria nela contida não é de Direito Penal, o que atrairia a competência da União para tratar da temática, nos termos do art. 22, I, da CRFB/88¹⁹.

¹¹ BARROS, Francisco Dirceu; Romaniuc, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. (Org.), op. cit., p. 61.

¹² CABRAL, op. cit., 32-35.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁴ Ibid.

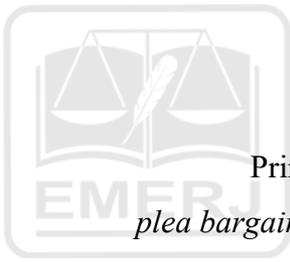
¹⁵ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 2.970*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266970>> . Acesso em: 16 abr. 2018.

¹⁶ CABRAL, op. cit., p. 33.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁸ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.886*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630078>> . Acesso em: 16 abr. 2018.

¹⁹ Id., op. cit., nota 3.



Primeiramente é importante não confundir o acordo de não persecução penal com o *plea bargain* adotado no sistema anglo-saxão.

A primordial diferença entre o acordo de não persecução penal e o *plea bargain* é que neste há aplicação de pena, já naquele não há a aplicação de pena. No *plea bargain* caso o acusado descumpra o acordo haverá a execução da pena, sendo desnecessária uma instrução criminal para tanto. No sistema anglo-saxão o acordo serviria como um título executivo criminal. Já no acordo de não persecução penal como não há imposição de pena, caso o investigado venha a descumprir a avença, será necessário que o membro do *parquet* ofereça a denúncia, com o fito de buscar a condenação do investigado²⁰.

O acordo de não persecução, diferentemente da pena, não é dotado do atributo da imperatividade. A imperatividade é a possibilidade do Estado-Juiz aplicar uma sanção de forma coercitiva ao condenado independentemente da vontade deste. O acordo de não persecução penal apenas busca estabelecer direitos e obrigações de natureza negocial. Obrigações que o investigado cumprirá se quiser, pois inexistente a possibilidade do *parquet* impor o cumprimento forçado da avença²¹.

Acerca das medidas previstas no acordo de não persecução, não merece prosperar o entendimento que elas teriam a natureza jurídica de penas. O que o acordo prevê é a reparação do dano, a restituição da coisa a vítima, a prestação de serviço a comunidade e o pagamento da multa. Obrigações, que acaso descumpridas não redundarão, logicamente, na privação da liberdade do cidadão que celebrou o acordo²².

Destaca-se, que contratos de diversas naturezas: trabalhistas, empresariais e cíveis preveem as mesmas obrigações. Contudo, nas hipóteses de descumprimentos contratuais, tais obrigações não ganham a natureza de penas criminais.

Diante o exposto é fácil perceber que apesar do *nomem in iuris*, o acordo de não persecução penal não dispõe sobre a aplicação de pena, pois não haverá sanção a ser imposta pelo Estado, o que afasta, destarte, a violação do art. 22, I, da CRFB/88²³.

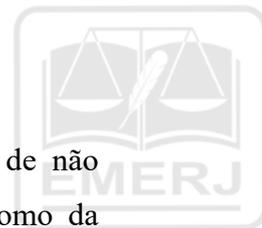
Por fim, é válido lembrar que o acordo de não persecução está alinhado ao movimento de descarcerização, que deve ser o fim almejado pela Administração Pública, tendo em vista que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se em um estado de coisas

²⁰ CABRAL, op. cit., p. 34-35.

²¹ Ibid., p. 35.

²² GARCIA, Emerson. O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. Disponível em: < <https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/noticias/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html> > . Acesso em: 16 abr. 2018.

²³ BRASIL, op. cit., nota 3.



inconstitucionais, assim reconhecido pelo STF na ADPF nº 347/DF²⁴. O acordo de não persecução penal também está alinhado com diversos princípios constitucionais, como da efetividade, da economia processual, da garantia do *status libertatis* do autor do delito e da vedação à proteção deficiente da norma penal.

Diante dos argumentos acima, é de se concluir que a Resolução nº 181/2017, do CNMP²⁵ encontra-se em perfeita harmonia com a atual ordem jurídica constitucional.

2. DO ENTENDIMENTO EQUIVOCADO DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

O Ministério Público com a nova ordem constitucional de 1988 passou ser o guardião da ordem jurídica, sempre preconizando pela observância dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e pela concretude do Estado Democrático de Direito²⁶.

Atendendo ao sistema acusatório, a Constituição Federal de 1988 consignou de forma expressa, em seu art. 129, inciso I, CRFB/88²⁷, ser atribuição institucional do Ministério Público, na qualidade de *dominus litis*, o manejo da ação penal pública²⁸.

Para exercer o seu mister constitucional de perquirir a punição do acusado, o membro do *parquet* se utilizará da ação penal, art. 100, §1º, do Código Penal²⁹ combinado com o art. 24 do Código de Processo Penal³⁰. Diante desta reunião normativa, a doutrina majoritária, mesmo sem refletir de forma minuciosa sobre a temática, aduz vigorar, de forma implícita, o princípio da obrigatoriedade da ação penal³¹.

No presente capítulo, iremos fazer uma breve reflexão sobre o entendimento equivocado da existência do suposto princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois ele não consta de forma expressa em nossa ordem jurídica, como também ofende o princípio da estrita

²⁴ Id. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁶ MAZZILLI, Hugro Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

²⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

³⁰ Id. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

³¹ OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. *O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-mito-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 03 set. 2018.



legalidade penal, o princípio da independência funcional do membro do MP, o princípio do sistema acusatório e a garantia de liberdade do cidadão.

Segundo ensina André Luis Alves de Melo, é equivocado dizer que o princípio da obrigatoriedade da ação penal encontra-se previsto de forma expressa em nosso ordenamento jurídico pátrio, pois a obrigatoriedade da ação penal, como um ato do Estado Administração, visa punir o suposto infrator da norma criminal, possuindo nitidamente um véis punitivo, que necessariamente deveria constar de forma explícita em qualquer texto jurídico pátrio³².

Entretanto, na dogmática penal, segundo Juarez Cirino dos Santos³³, é uníssono que normas com caráter punitivo precisam constar de forma expressa e não de forma implícita, pela observância ao princípio da legalidade estrita do direito penal, conforme dispõe os artigos 5º, XXXIX da CRFB/88³⁴ e 1º do Código Penal³⁵.

Vale destacar, que ao ser feita uma interpretação literal do art. 24 do CPP³⁶ não se extrai dele o sentido de obrigatoriedade da propositura da ação penal pelo MP.³⁷ Vejamos:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

O dispositivo em alude consigna que nos crimes de ação penal pública a denúncia será promovida pelo MP. A expressão “será promovida” não significa uma obrigação, imposição, mas sim uma atribuição, que está ligada a independência funcional do membro do MP,³⁸ conforme previsão expressa do art. 127, §1º, da CRFB/88³⁹.

Ao entender pela existência da obrigatoriedade da ação penal, conseqüentemente haverá uma afronta à independência funcional do membro do *parquet*.

Segundo Vladimir Aras, no momento que membro do *parquet* detiver em mãos casos concretos que envolvam fatos típicos, ilícitos e culpáveis, caberá, tão somente, ao promotor

³² MELO, André Luis Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. (Org.), op. cit., p. 150.

³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte geral*. 6. ed. atual. e ampl. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 20.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁵ Id., op. cit., nota 30.

³⁶ Id., op. cit., nota 31.

³⁷ MELO, op. cit., p. 150.

³⁸ Ibid, p. 150-151.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.



natural da causa verificar a oportunidade, a conveniência, a utilidade, a nocividade ou a economicidade de sua atuação processual, ou mesmo a sua razoabilidade⁴⁰.

Pelo exposto, fere o princípio da independência funcional do membro do MP, a obrigatoriedade do oferecimento da denúncia nos crimes que a Polícia Judiciária selecionou⁴¹.

Os dispositivos das leis ordinárias, artigos 24 e 28 do CPP⁴² e 100, §1º do CP⁴³ devem ser interpretados em consonância com o sistema acusatório, que segundo Renato Brasileiro de Lima⁴⁴, se caracteriza:

[...] pela presença de partes distintas, contrapondo-se a acusação e a defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Nesta sistemática, há a separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo configura-se como legítimo *actum trium personarum* [...].

Pelo sistema acusatório cabe ao membro do MP, por meio de sua independência funcional, fazer uso do *jus perseguendi*, provocando o Estado-Juiz, para que este imponha o *jus puniendi* ao cidadão que com sua conduta tenha violado a norma penal.

Segundo André Luis Alves de Melo⁴⁵:

[...] o fato de o Ministério Público ser o titular da ação penal deve ser entendido como agente de política pública criminal, devendo preocupar-se com toda a etapa processual e do fenômeno criminal, desde medidas para prevenir o crime, como para se ter mais eficácia, devendo o promotor criminal agir como órgão de execução de políticas criminais, em que a ação penal é apenas uma opção e, preferencialmente, a última [...].

Com a finalidade de harmonizar o princípio da independência funcional do membro do *parquet*, art. 127, I, CRFB/88⁴⁶, com o princípio do sistema acusatório, art. 129, I, CRFB/88⁴⁷, com os artigos das leis ordinárias, 24 do CPP⁴⁸ e 100, §1º do CP⁴⁹, deve-se realizar uma interpretação sistemática de tais dispositivos perante a Constituição Federal de 1988, o que levará a conclusão que vigora em nosso ordenamento jurídico o princípio da oportunidade da ação penal pública.

⁴⁰ ARAS, Vladimr. *Princípios do processo penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal/2>>. Acesso em: 04 set. 2018.

⁴¹ MELO, op. cit., p.151.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 31.

⁴³ Id., op. cit., nota 30.

⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016 p. 39.

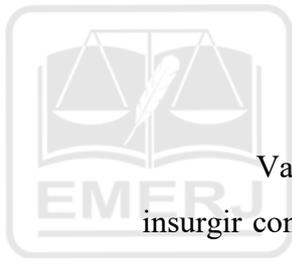
⁴⁵ MELO, op. cit., p. 152 e 153.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Id., op. cit., nota 31.

⁴⁹ Id., op. cit., nota 30.



Vale destacar, que mesmo que de forma minoritária, alguns autores começam a se insurgir contra o suposto princípio da obrigatoriedade penal, defendendo que vige em nosso ordenamento jurídico o princípio da oportunidade da ação penal. Vejamos abaixo.

Nos dizeres de Cândido Furtado Maia Neto⁵⁰, vigora em nosso ordenamento pátrio o princípio da oportunidade:

[...] o princípio da oportunidade foi incorporado em nosso sistema penal, na ação pública, quando instituí o Estado Democrático de Direito e o sistema acusatório, com obrigatoriedade ao respeito a ampla defesa e ao contraditório em todos os processos administrativos e judiciais [...].

Nos ensinamentos de Aury Lopes Júnior⁵¹, “diante do princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, pensamos que esse novo promotor não está obrigado a oferecer denúncia, como parece indicar o art. 28 do CPP⁵² [...]”.

O festejado professor Eugênio Pacelli⁵³ também comunga do mesmo pensamento, entendendo que:

[...] estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribuí a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa privada penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação [...].

Segundo André Luis Alves de Melo: “[...] adotar o princípio da oportunidade não significa dizer que condutas realmente criminosas ficarão impunes, pelo contrário, cada caso será analisado de forma individual sendo a punição dada de forma proporcional ao fato”.⁵⁴

Vale lembrar, que tanto o Código de Processo Penal, como o Código Penal entraram em vigência nos idos da década de 40, motivo pelo qual não encontram compatibilidade com os ditames e princípios norteadores da Constituição Federal. Também vale lembrar, que o Código de Processo Penal brasileiro buscou inspiração no Código de Processo Penal italiano. Neste consta a previsão expressa do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, art. 112 do Código de Processo Penal Italiano. Contudo, atualmente a doutrina mais especializada

⁵⁰ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Princípio da oportunidade no exercício da ação penal*. Disponível em: < <http://www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-80.docx> > Acesso em: 03 set. 2018.

⁵¹ LOPES JUNIOR. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 371.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 31.

⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p.114-115.

⁵⁴ MELO, op. cit., p.176

na dogmática penal é a alemã, que adota o princípio da oportunidade da ação penal. Doutrina que deve ser levada em consideração⁵⁵.

A Resolução do CNMP nº 181/2017⁵⁶, ao prever o acordo de não persecução penal visou dar concretude ao princípio da oportunidade da ação penal e, portanto, mitigar o suposto princípio da obrigatoriedade penal.

Destaca-se, que diversos institutos já possibilitam a mitigação da obrigatoriedade da ação penal, conforme os dizeres de Tássia Louise de Moraes Oliveira⁵⁷:

[...] no Brasil vêm crescendo a mitigação da obrigatoriedade da propositura da ação penal pública com o advento da Lei 9.099/95, que prevê que mesmo na hipótese de ação penal pública incondicionada ser proposta diretamente a pena restritiva de direitos e multa, consagrando o princípio da obrigatoriedade mitigada [...].

A Lei nº 9.099/95⁵⁸ também trouxe os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, o que reforça a tese da ausência de obrigatoriedade no exercício da ação penal pública, pois mesmo nos casos em que haja a indícios robustos de autoria e materialidade, pode o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, desde que o fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos da citada lei.⁵⁹

Por fim, com o intuito de harmonizar o sistema jurídico, o ideal é reconhecer o princípio da oportunidade, que se encontra totalmente alinhado ao Estado Democrático de Direito, pois na prática, a política criminal encontra-se sob o manto e a guarda do MP, sendo incumbência deste a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127, da CRFB/88⁶⁰.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO IMPULSIONADOR DE POLÍTICAS CRIMINAIS MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DO MODELO DA JUSTIÇA CONSENSUAL

O modelo de justiça consensual, desde a última década, vem se tornando cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro, vide a Lei nº 9.099/95⁶¹, que contemplou o

⁵⁵ Ibid., p. 161.

⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵⁷ OLIVEIRA, op. cit., nota 32.

⁵⁸ BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

⁵⁹ OLIVEIRA, op. cit., nota 32.

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶¹ Id., op. cit., nota 60.



instituto da transação penal; vide Lei n° 12.529/01⁶², que possibilita ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) firmar acordo de leniência, impedindo o oferecimento da denúncia; vide Lei n° 7.492/86⁶³ (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional) e a Lei n° 12.850/13⁶⁴ (Lei que define a Organização Criminosa), nos qual essas duas últimas contemplam o instituto da colaboração premiada⁶⁵.

Importante se torna dizer, que o projeto do Novo Código Processo Penal (Projeto Lei n° 8.045/2010⁶⁶), amplia consideravelmente a possibilidade de acordo entre o Ministério Público e o acusado em crimes cuja pena máxima não seja superior á 8 (oito) anos⁶⁷.

No mesmo trilhar, o projeto do Novo Código Penal (projeto Lei n° 236/2012)⁶⁸, visa estabelecer a possibilidade de barganha entre o *parquet* e o réu para todos os crimes, independentemente do *quantum* da pena prevista no preceito secundário da norma penal⁶⁹.

Desta forma, é de se observar que o ordenamento jurídico pátrio está caminhando, mesmo que de forma lenta e atrasada, para que a justiça consensual passe a ser a regra no âmbito da persecução penal.

Seguindo a linha da justiça consensual, está o acordo de não persecução penal, presente no art. 18 da Resolução n° 181/2017⁷⁰. Acordo que será formalizado nos autos do procedimento investigatório, ou seja, antes da instauração da lide penal, conduzido necessariamente pelo promotor de justiça⁷¹.

O acordo de não persecução penal busca dar celeridade e efetividade a justiça criminal, por meio da justiça penal negociada, que conseqüentemente promoverá a justiça restaurativa, oposto da justiça retributiva, onde esta concentra seus esforços no prejuízo que o

⁶² Id. Lei n° 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

⁶³ Id. Lei n° 7.492, de 18 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

⁶⁴ Id. Lei n° 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

⁶⁵ ALVES, op. cit., p.196.

⁶⁶ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 8.045, de 2010. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 18 set. 2018.

⁶⁷ ALVES, op. cit., p. 197.

⁶⁸ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>. Acesso em: 18 set. 2018.

⁶⁹ ALVES, op. cit., p.197.

⁷⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷¹ BARROS, op. cit., p.52.

crime provoca perante a sociedade, cujo único objetivo é punir o transgressor da norma penal, retribuindo-lhe o mal causado.⁷²

Por outro lado, a justiça restaurativa terá como finalidade principal a reabilitação da vítima direta, ou seja, a pessoa física ou jurídica efetivamente lesada, cujo objetivo será reparar o dano que lhe foi causado, deixando-se de lado a busca cega pela justiça retributiva, que visa a aplicação da pena corporal ao transgressor da norma penal⁷³.

O MP por ser o grande protagonista da persecução penal e por ser um agente político, detém a prerrogativa e o dever funcional de escolher prioridades políticas-criminais na concretização da persecução penal⁷⁴.

É precisamente com base no poder/dever do MP de realizar uma adequada política criminal é que se pode extrair a possibilidade de celebração de acordos na seara criminal, que certamente atenderão aos reclames da vítima direta do delito, que em curto espaço de tempo terá o seu *status quo ante* restabelecido, e do causador do dano que terá preservado a sua garantia de liberdade, pois não se verá respondendo a um processo criminal⁷⁵.

Ao MP, titular exclusivo da ação penal, é franqueado o inegável protagonismo de agente definidor de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial, sendo que o recorte efetuado pela Resolução nº 181/2017⁷⁶ é absolutamente legítimo⁷⁷, pois é de suma importância que decisões valorativas político-criminais penetrem no sistema do Direito Penal, não ficando submetidas à limitações positivistas⁷⁸.

Nessa ideia, inclui-se, inegavelmente, a atribuição do MP, por meio de política criminal, como o fez ao editar a Resolução nº 181/2017⁷⁹, definir diretrizes e estabelecer prioridades para otimizar a persecução e a solução dos delitos de baixa e média gravidade⁸⁰.

O acordo de não persecução penal vai ao encontro da justiça penal negociada. Modelo de justiça que é adotada na maioria dos países europeus, como França, Portugal,

⁷² BIROL, Aline Pedra Jorge. Justiça Criminal versus Restaurativa: com a palavra a vítima. In: LIMA, Joel Correa de (Coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 86-89.

⁷³ *Ibid.*, p. 89.

⁷⁴ CABRAL, op. cit., p.37.

⁷⁵ *Ibid.*, p.38.

⁷⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷⁷ ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do Direito Comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. (Org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 249-300.

⁷⁸ PEREIRA, Cláudio José. Justiça penal negociada: a participação ativa da vítima na solução de conflitos penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 806, ano 91, p. 419-420, dez. 2002.

⁷⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸⁰ CABRAL, op. cit., p.37-38.



Bélgica, Holanda, Alemanha, Espanha e etc., e nos países da América Latina como Colômbia, Bolívia, Uruguai e etc.⁸¹.

No Brasil, devido ao lento caminhar pela aplicação da justiça negociada, paira na sociedade uma sensação de impunidade, decorrente da demora do desfecho do processo criminal, que na maioria das vezes não dá respostas eficazes e limita a persecução penal à simples punição, uma vez que no Brasil ainda vigora aspecto retributivo da pena, que se resume ao mero castigo⁸².

Em nosso modelo atual de justiça retributiva e o entendimento equivocado pela prevalência do princípio da indisponibilidade da ação penal, faz com que a vítima direta (cidadão), tenha seu direito de ver solucionado o conflito totalmente expropriado pelo Estado, sem que se questionem as consequências oriundas do delito e de uma solução diversa da penal para o conflito⁸³.

O Estado vê na busca da pena a única solução reabilitadora possível para o infrator. Esta é uma visão retribucionista superada, mas ainda presente, infelizmente, em nosso sistema. Quando na verdade, deveria o Estado se atentar que a reabilitação nem sempre é possível com a simples aplicação de pena, ainda mais com a latente precariedade do sistema penitenciário brasileiro. O que se pode desejar é uma conscientização do delito cometido – que nem sempre se dará por meio da aplicação de pena corporal -, bem como a condução de uma reparação eficaz e célere para com a vítima do delito⁸⁴.

A justiça retributiva, calcada no poder de punir não representa mais a busca dos reclamos individuais de seus membros. Não atende o reclame da vítima, pois a demora do processo criminal não lhe restaura de forma rápida o bem jurídico. Também não atende ao aspecto de prevenção especial da pena, uma vez que o infrator não terá a sua conscientização do delito promovida, na medida em que nos crimes de média e pequena potencialidade lesiva o agressor será beneficiado pela prescrição ou por outros institutos despenalizadores, o que apenas traz a tona a sensação de impunidade na sociedade⁸⁵.

Com o intuito de promover a justiça consensual e a justiça restaurativa, a Resolução n° 181/2017⁸⁶ do CNMP traz consequências que certamente diminuirão a impunidade, pois os crimes não levarão anos para serem julgados, pois embora se cuide de medida despenalizante

⁸¹ PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 120-143.

⁸² *Ibid.*, p. 86.

⁸³ *Ibid.*, p.87.

⁸⁴ *Ibid.*, p.88.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.



– afasta o processo penal tradicionalmente considerado como resposta formalizada e estigmatizante do Estado -, ela irá acelerar a solução do conflito penal, o que será ideal para a vítima, que participará mais ativamente na solução do conflito e promoverá a necessária prevenção especial no agressor⁸⁷.

O acordo de não persecução penal ao prestigiar resposta diversa da pena privativa de liberdade, situa-se no reclamo mais atual e cogente de uma política criminal global, qual seja: uma mínima racionalização de controle dos danos trazidos por um sistema de justiça criminal pautado no caráter restaurativo⁸⁸.

Destaca-se, que essa consideração de ordem criminológica, quando aborda as consequências da adoção entre nós do acordo de não persecução penal, longe de conflitar com saberes próprios do Direito Penal e Processual Penal, amadurece-os e os prepara para a ideia de que o MP é fundamental para a realização da política criminal do Estado, o que faz com que a atuação ministerial perpassa por um programa constitucional que busca o enfrentamento das desigualdades sociais e a criação de condições materiais para a dignidade humana. Mandamentos constitucionais que caminham em sentido contrário aos interesses da vítima e do agressor quando não adotado os modelos da justiça penal negociada e restaurativa⁸⁹.

É essencial, que a preocupação com conteúdo democrático deva nortear as práticas levadas a efeito pelo MP no exercício de seu papel de provedor da política criminal, compromissada com a temática dos direitos humanos, o que engloba como consequência lógica, sua participação na administração da justiça penal estatal⁹⁰.

CONCLUSÃO

A pesquisa buscou demonstrar a compatibilidade do instituto do acordo de não persecução com a Constituição Federal de 1988.

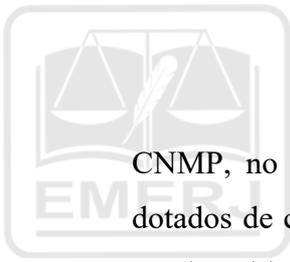
No primeiro capítulo, constatou-se que a Resolução nº 181/2017 do CNMP possui natureza jurídica de ato normativo primário, sendo materialmente constitucional, pois trata de direitos ligados à dignidade da pessoa humana, qual seja: o *status libertatis* do acusado, e é formalmente constitucional, pois já entendeu o STF, que o CNJ e via de consequência o

⁸⁷ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. (Org.), op. cit., p. 103-104.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid., p. 104-105.

⁹⁰ SUXBERGER, Henrique Antônio Graciano. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 177.



CNMP, no exercício de suas atribuições, poderão expedir atos regulamentares, que serão dotados de comando abstrato, impondo aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inserido na esfera de competência do respectivo órgão.

Um das controvérsias da pesquisa cinge-se no fato da Resolução nº 181/2017 do CNMP afastar do ordenamento jurídico pátrio o suposto princípio da obrigatoriedade da ação penal, que conforme averiguado na pesquisa, não se trata de um princípio, pois é um instituto com viés punitivo, e que por isso deveria constar de forma expressa no ordenamento pátrio. Logo, segundo defendido na pesquisa, afirmar que vigora a obrigatoriedade da ação penal em nosso sistema jurídico é algo que afronta a estrita legalidade penal, o sistema acusatório, os princípios constitucionais da independência funcional do membro do MP e a garantia de liberdade do cidadão.

No terceiro capítulo, a pesquisa buscou demonstrar que a Resolução nº 181/2017 almejou dá concretude à justiça consensual, que já é uma realidade em nosso país, prevendo situações em que o réu tem a faculdade de abandonar a posição de resistência frente à pretensão acusatória, entabulando, mediante concessões recíprocas, algum tipo de acordo com o *dominus litis*.

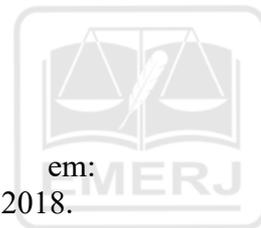
A pesquisa buscou demonstrar que o MP, defensor do regime democrático, possui papel fundamental na aplicação e observância das normas criminais e deve estar atento com o descontentamento da sociedade com o atual sistema punitivo brasileiro, que se faz moroso, ineficiente para a vítima que em casos de crimes de baixo e médio potencial ofensivo não vê a aplicação real da sanção, nem tão pouco vê seu bem jurídico restituído. Conclui-se, que o acordo de não persecução penal não busca trazer impunidade, mas sim apenas deixar a cargo do titular da ação penal os casos criminais de baixa e média potencialidade lesiva.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. *Princípios do Processo Penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal/2>>. Acesso em: 04 set. 2018.

BARROS, Francisco Dirceu. *Estudo completo do acordo de não-persecução penal e o novo procedimento investigatório criminal (parte II)*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/09/20/estudo-completo-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-novo-procedimento-investigatorio-criminal-parte-ii/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.



_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183*. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-183.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 abr. 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: 18 set. 2018.

_____. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 8.045, de 2010. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 12*. Relator: Ministro Carlos Brito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.886*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630078>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 27.621*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=92&dataPublicacaoDj=11/05/2012&incidente=2640757&codCapitulo=5&numMateria=67&codMateria=1>. Acesso em: 16 abr. 2018.



BIROL, Aline Pedra Jorge. Justiça criminal versus restaurativa: com a palavra a vítima. In: LIMA, Joel Correa de (Coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 80-100.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. (Org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GARCIA, Emerson. *O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões*. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/noticias/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>> . Acesso em: 16 abr. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JUNIOR. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Princípio da oportunidade no exercício da ação penal*. Disponível em: <<https://www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-80.docx>>. Acesso em: 03 set. 2018.

MAZZILLI, Hugro Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. *O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-mito-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 03 set. 2018.

PEREIRA, Cláudio José. Justiça penal negociada: a participação ativa da vítima na solução de conflitos penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 806, ano 91, p. 419-420, dez. 2002.

_____. *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. atual. e ampl. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010.



RELEITURA DO ARTIGO 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – HARMONIZAÇÃO DOS PODERES DA REPÚBLICA

Renato Kemp Lusitano

Graduado pela Universidade Cândido Mendes
– Campus Campos dos Goyatacazes/RJ.

Resumo – A realidade da atuação dos Poderes da República no Brasil encontra, atualmente, um momento muito sensível em relação à interpretação do artigo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de modo que a sensação de que a separação e harmonia entre os Poderes encontra-se comprometida por um cenário de instabilidades institucionais causadas por diversos fatores que são fruto da atual fase social.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Filosofia do Direito. Separação e Harmonização dos Poderes da República. Artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ativismo judicial. Conflitos entre os poderes.

Sumário – Introdução. 1. A hermenêutica clássica do Princípio da Separação dos Poderes. 2. O ativismo judicial como fator de crise entre os Poderes da República. 3. A releitura das formas de diálogo institucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica atenta para um dos grandes entraves da adequação das atividades do Poder Judiciário à atuação dos demais Poderes da República, que, atualmente, é a delimitação das esferas de atuação de cada qual para cada qual, e a fixação das barreiras de funcionamento onde um Poder encontra o ônus de atuar ordinariamente, e o bônus de atuar extraordinário.

Para que se possa entender melhor a questão, devem-se trabalhar definições fundamentais para que o estado consiga, com eficiência e eficácia material, atingir às suas precípuas finalidades, principalmente não permitindo que se crie entre os Poderes alguma lacuna ou vão de atuação, nem que se sobreponha a atuação de um pelo outro, o que por si só já seria suficiente para gerar desarmonia e, conseqüentemente, o funcionamento defeituoso do organismo estatal.

Atentando-se a, talvez, uma necessidade de readequação interpretativa na seara justamente da hermenêutica jurídica do artigo 2º, da CRFB/88, este trabalho busca, sem maiores pretensões de inovar nesta tão técnica área, talvez propor uma nova forma de enxergar a equalização dos mecanismos de conexão entre os Poderes da República, de modo



que assim fosse possível otimizar o atuar orgânico do próprio estado, como ente institucional representante da sociedade nacional.

O corte temático básico merece ser feito para laminar um tema atualmente em voga, que é a questão do “ativismo judicial”, e de que forma isso tem sido encarado por todo o corpo de juristas do Brasil.

Além disso, a abordagem de um caso concreto de proporções reconhecidamente nacionais, onde ainda não se sabe se o ativismo fora tratado como fatal veneno, ou milagroso remédio, e em quais proporções, merece ser exposta a fim de que seja tangível a problematização proposta.

No primeiro capítulo, buscar-se-é explorar as visões clássicas do Princípio da Separação dos Poderes, principalmente no que tange à nitidez dos limites sobre os âmbitos de atuação de cada qual, e a evolução das leituras sobre a solidez institucional dessas delimitações, passando aos abstração dos limites, agora observados, após o neoconstitucionalismo, pelas lentes dos Direitos Fundamentais e sua máxima efetividade.

O segundo capítulo, por sua vez, se propõe a demonstrar os pontos de tensão que nasceram entre os Poderes a partir de casos concretos, onde serão trabalhadas as críticas ao ativismo judicial presente na A.D.P.F. 347, e a denominada crise institucional instaurada entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado, no ano de 2017, sendo esta a abordagem do caso concreto que se tocará.

No último capítulo, trabalham-se algumas possibilidades de releitura e readequação das formas de diálogo institucional, com a finalidade de propor talvez novas formas de interação, requalização e reconexão entre os Poderes da República.

Sobre a metodologia usada no desenvolvimento do presente trabalho, mister é atentar-se para o fato de que a presente pesquisa tem por objetivo muito mais o amadurecimento de pensamentos ligados à organização da base estatal instrumentalizando a Filosofia do Direito como ponto alquímico para alcançarem-se as conclusões propostas, do que necessariamente apresentar soluções absolutas para um problema que envolve questões bem mais complexas que um mero encaixe institucional.

Portanto, a pesquisa será regida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que se inicia com uma questão problemática representada pela quebra da comunicação entre os Poderes da República e a visão externa e macro da instituição estatal que perde muito de seu funcionamento orgânico com essa condição de crise. Contudo, objetiva, ao fim, apresentar algumas conclusões simples sobre o tema, com singelas reflexões e propostas de readaptação institucional visando a retomada e otimização das funções basilares da instituição estatal.

1. A HERMENÊUTICA CLÁSSICA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Inicialmente, mister é mencionar que este trabalho se reservará ao uso da terminologia “Poder” como se fizesse menção à função estatal fragmentada, o que é tomado por grande parte da doutrina como uma imperfeição técnica, contudo será usado para efeitos apenas de uniformização da linguagem, visto que o foco da pesquisa está em explorar a organização concreta dos raciocínios, e não na discussão sobre terminologias.

Dito isso, adiante.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo segundo, nos traz que são os Poderes da União, “independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.¹

Por muito tempo este artigo foi interpretado de maneira a segregar os Poderes da República, como se três cérebros diferentes fossem, e sua atuação pudesse ser dissociada, apenas existindo entre eles uma aplicação clássica do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), organizada e publicada por Montesquieu, como bem lembra José Afonso da Silva²:

O princípio da separação dos poderes já se encontra sugerido em Aristóteles³, John Locke⁴ e Rousseau⁵ também conceberam uma doutrina da separação dos poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu⁶.

Essa teoria possui um caráter estrito e limitador da interpretação do termo, de maneira que a intenção de Montesquieu foi exatamente delimitar a atuação de cada Poder do estado e, de forma bem acadêmica e didática, dividir as funções para que cada representante da instituição estatal tivesse plena consciência dos seus deveres enquanto representante da máquina pública.

Num pensar de uma era mais moderna, mas sem perder de vista aquela base, Nelson Nery Jr. e Georges Abboud⁷ defendem a ideia de que “a separação dos poderes é uma concepção consectária do próprio constitucionalismo”, de maneira que entendem ser a

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo; Malheiros. 2000. p.34.

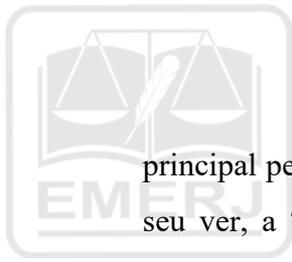
³ ARISTÓTELES. *Política*: IV. apud ibidem. p. 35.

⁴ LOCKE apud ibidem.

⁵ ROUSSEAU apud ibidem.

⁶ MONTESQUIEU apud ibidem.

⁷ NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro: curso completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 119.



principal perspectiva desse princípio o “controle do poder político”, por não ser concebível, a seu ver, a “formatação de uma democracia constitucional sem que haja uma real e nítida separação dos poderes”. A ideia de separação com um adicional funcional de fiscalização mútua das atividades dos Poderes é o centro de seu raciocínio.

Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho⁸ esclarece que:

Quer John Locke quer Montesquieu conheciam bem o solo político-social das suas propostas construtivas. Descortinavam com argúcia e clarividência que o “espírito” das formas de governo não pairava no vácuo sócio-político, antes se revelava nos vários níveis de articulação de poderes e funções: (1) nível funcional, com a distinção das funções fundamentais do poder político: legislação, aplicação/execução da norma, jurisdição; (2) nível institucional centrado nos órgãos do poder: parlamento, governo, administração, tribunais; (3) nível sócio-estrutural, onde o poder surge associado a grupos sociais, confissões religiosas, corporações, cidades.

O jurista português expõe que a teoria de separação dos poderes de Montesquieu “distingue, a nível funcional, vários poderes, mas opta por uma divisão tripartida”, ou seja, a divisão clássica e adotada pela Constituição Brasileira, em Poder Judiciário, Executivo e Legislativo, de maneira que os poderes fossem originalmente separados e interdependentes porque ficariam suas próprias atividades. Suas atuações de dariam de forma harmônica, contudo completamente autônoma.

Basicamente, a doutrina clássica segue, e tem como referência, as teorias de separação dos poderes capitaneadas especialmente por John Locke e Montesquieu, claramente observadas suas peculiaridades e nuances próprias.

Não obstante a elevadíssima técnica empregada pelos mencionados jusfilósofos, tal interpretação do sistema organizacional estatal encontra-se, diante das complexidades trazidas pela globalização, claramente ultrapassada.

Há, desse modo, uma necessidade iminente da releitura do artigo segundo da CRFB/88 à luz de um sistema finalidades que visa, acima de tudo, a otimização do instrumento, do maquinário estatal, de modo que somente a harmonização através da atuação conjunta, ou seja, reintegração social dos Poderes estatais, poderá atingir sua precípua finalidade de gerir a instituição social organizada.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 579.



2. O ATIVISMO JUDICIAL COMO FATOR DE CRISE ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA

A declaração de Estado de Coisas Inconstitucional é tida atualmente, na realidade jurídica brasileira, como um exemplo de resultado expoente de uma atuação do Poder Judiciário denominada como ativismo judicial, termo empregado como naturalmente pejorativo pela doutrina tida criticamente por essa pesquisa como campo do saber comum.

A área de debates acadêmicos é um cenário livre para o confronto de ideias, o que, em momento algum, pretende desqualificar os títulos acadêmicos e profissionais de mérito dos seus autores.

Dito isso, a título de exemplificação da doutrina criticada, Lênio Streck⁹ cita que “o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais.”.

Entende o autor¹⁰ que o ativismo judicial é um comportamento positivo de um Judiciário que deveria, em regra, permanecer inerte, e está adotando posição de ator político, o que, constitucionalmente, não lhe caberia.

Luiz Flávio Gomes¹¹ critica o ativismo, por entender que configura uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, acusando o juiz de “criar” uma norma nova no exercício da jurisdição, o que usurparia a atividade legislativa ordinária.

À guisa de reforço ilustrativo, Elival da Silva Ramos¹² define ativismo judicial como sendo a “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento, principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa, e até mesmo, da função de governo”.

Certo é que a movimentação de uma estrutura jurídica tão significativa a ponto de gerar mudanças basilares no funcionamento do próprio Estado de Direito brasileiro, jamais passaria sem ranhuras aos olhares dos hermenutas mais conservadores. Ou seja, o

⁹ STRECK, Lênio. *Rubição e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 30 nov. 2018.

¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 21.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ‘ativismo judicial’ sem precedentes?* . Brasília: Conteúdo Jurídico, 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.



movimento de retração diante de uma ideia que propõe modificar as bases interpretativas do próprio ordenamento constitucional é completamente natural, o que se aceita com serenidade.

Contudo, como o repouso na zona de conforto posicionada estrategicamente contida à bolha social do jurista não conduz à sua evolução intelectual, o deslocamento para além das balizas do ócio improdutivo disfarçado de tradicionalismo é movimento essencial que se faça, em todo momento social crítico, onde as estruturas da “criatura institucional”, o Estado, não funcionam.

Esse é o momento atual.

Atento às pungentes e emergentes questões sociais, Luis Roberto Barroso¹³ sai em defesa desse vetor comportamental interpretado com inteligente pureza técnica, expondo que:

o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Carlos Alexandre de A. Campos¹⁴, atento às críticas comumente feitas ao ativismo judicial, também defende sua reinterpretação de modo a permitir uma postura mais positiva do Judiciário, dizendo que “apenas a dimensão antidialógica, na qual a corte afirma a ‘supremacia judicial’ e se recusa a dialogar com os outros poderes, deve ser tida como manifestação judicial ilegítima, em qualquer hipótese.”

Assim, continua o autor¹⁵ dizendo que o exercício concreto de ativismo judicial, que se manifesta diante de “insistentes comportamentos políticos omissivos e de grave quadro social de violação de direitos fundamentais, fundado na cláusula constitucional do Estado social de direito”, cláusula esta que possuiria uma dimensão predominantemente estrutural, torna o instrumento legítimo, por “oportunar o diálogo entre juízes, e cortes, com os outros poderes, e a sociedade”.

Ou seja, construtiva para as próprias finalidades do Estado é a reinterpretação dos significados pejorativos comuns que o ativismo judicial carrega como estigmas, como se pode notar na evolução do desenvolvimento do raciocínio do autor campista quando, abordando alguns diferentes aspectos, chama atenção para o que denomina ativismo dialógico.¹⁶

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 10 de out. 2017.

¹⁴ CAMPOS, op. cit. p. 22.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.



Tal viés interpretativo é avalizado pela autorizada lógica linha de raciocínio exposta pelo ministro do STF Ricardo Lewandovski, quando, ao discursar na abertura do 22º Congresso Brasileiro de Magistrados, em Caldas Novas (GO), no ano de 2015, ressaltou existir a necessidade de uma nova visão a respeito da jurisdição constitucional, em que a missão do Poder Judiciário também seria “ajudar a pensar em políticas públicas para melhorar o país”. Prosseguiu o eminente ministro concluindo que “essa era uma ideia impensável algum tempo atrás, mas hoje alguns juízes participam da formulação dessas políticas.”¹⁷.

Ou seja, no presente momento, o ideal seria que a atuação judicial, ante a inércia estatal, não mais se limitasse a determinada espécie de preceito constitucional, mas se justificasse diante de um quadro “real, atual e objetivo de tutela estatal deficiente de direitos fundamentais e sociais”¹⁸, o que incluiria, por certo, a interferência sobre políticas públicas concretizadoras de enunciados constitucionais programáticos.”¹⁹

Em defesa conclusiva da aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, Carlos Alexandre Campos ressalta que propor sua aplicação, “como técnica de decisão voltada à tutela de Direitos Fundamentais, máxime os sociais, é defender a intervenção judicial no ciclo das políticas públicas.”²⁰.

Seria este, então, o principal aspecto do mencionado instrumento: a intervenção do Poder Judiciário “na agenda política, e nos processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas, quando isso se mostrar indispensável para a superação de quadros de violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais.”²¹

Recentemente dois casos emblemáticos exemplificam com clareza os pontos de tensão que motivam tantas discussões, o julgamento da A.D.P.F. 347²², e o julgamento da A.C. 4327²³.

No primeiro, houve petição inicial ofertada por partido político alegando inúmeras violações aos Direitos Humanos no presídio do Município de Pedrinhas/MA.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, ao tomar conhecimento de todas as provas e da precariedade real do estabelecimento prisional, expediu uma série de ordens e

¹⁷ Ibid. p.16.

¹⁸ Ibid.

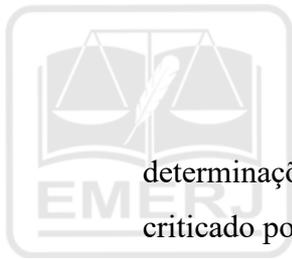
¹⁹ Ibid. p.19.

²⁰ Ibid. p.16.

²¹ Ibid. p.17.

²² Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 347, onde foram tratadas questões atinentes à violação de direitos humanos no presídio do Município de Pedrinhas/MA.

²³ Ação Cautelar 4327, movida em face do Senador Aécio Neves, que foi afastado do cargo pelo STF mas permaneceu nas suas funções por motivos de que o Senado Federal não acolheu a decisão da Suprema Corte.



determinações após a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional, o que foi duramente criticado por grande parte do corpo de juristas constitucionalistas brasileiros.

A questão é bastante controversa, uma vez que, de fato, a declaração de ECI traz para o Judiciário a responsabilidade de adentrar matéria que ordinariamente seria interpretada como sendo de competência exclusiva do Poder Executivo, que é o gerenciamento de políticas públicas.

Contudo, é nítido que o caso tratava de um descumprimento sistêmico e generalizado de direitos e garantias fundamentais, de modo que não havia qualquer possibilidade do Poder Judiciário agir diferentemente do que fez, já que era o único dos Poderes com a possibilidade real de fazer cessar aquele estado de coisas inconstitucional.

Assim, a sentença de declaração de ECI trouxe um rol de providências a serem tomadas conjuntamente pelos poderes Judiciário e Executivo, de maneira que ambos passariam e se acompanhar e fiscalizar na cura de uma situação que ataca a realidade normativa constitucional de uma forma tão agressiva como era.

Fica nítido, pois, do que o ativismo judicial foi extremamente benéfico para a sociedade em geral, sendo que esta prática, quando leva ao diálogo entre os poderes, se mostrou extremamente saudável.

Já o caso da Ação Cautelar de número 4327 trouxe uma questão um pouco mais complexa e desencaixada, uma vez que foi o Senador Aécio Neves afastado pelo Supremo Tribunal Federal de suas funções, por entendimento do órgão julgador observar existirem indícios fortes do cometimento de crime de corrupção passiva.

Contudo, o Senado Federal se negou a afastar automaticamente o Senador de suas funções, alegando que não cabia ao Judiciário afastar um representante de mandato eletivo de seu cargo sem que antes este representante fosse julgado politicamente pelos seus pares de congresso.

Essa situação gerou uma severa instabilidade institucional, sendo considerada por muitos uma espécie de ativismo judicial desastrado, uma vez que a judicialização de questões que geram consequências o cenário da política não é bem vista por todos os juristas, de forma pacífica.

Porém, tem-se que nesse caso não existia qualquer possibilidade de diálogo entre os Poderes, já que existiam indícios concretos da ocorrência de um crime, e a avaliação do tema é constitucionalmente atribuída ao Judiciário, sendo indelegável por ser uma função ordinária de tal Poder.



As questões atinentes ao tema são muito sensíveis, porque por um lado é inquestionável que o Poder Judiciário não pode, e nem deve, manter-se omissivo diante de questões socialmente relevantes, mas por outro a inércia é característica natural desse poder, e a movimentação não provocada pode ser facilmente confundida com a deturpação de uma função orgânica natural que seria inerente apenas aos poderes com representação democrática, que é o caso do Executivo e do Legislativo, ou até mesmo do Ministério Público, no exercício de suas funções ordinárias.

Todo cuidado é pouco quando o atuar de um Poder se arrisca a desestabilizar as bases da República e atingir a democracia.

3. A RELEITURA DAS FORMAS DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Desde as mais variadas esferas do conhecimento, não só a biologia, a filosofia oriental, ocidental, a física, a química, sempre um dos elementos mais importantes para a manutenção da sobrevivência dos organismos e sua evolução é a cooperação, ou, visto de fora, o princípio da conexão/unidade.

Trazidas as bases lógicas para a aplicação no cenário técnico-jurídico, a cooperação integrativa, no ordenamento de leis já fora positivada no Código de Processo Civil²⁴ de 2015, e na própria Constituição Federal de 1988 é um dos vetores interpretativos basilares das novas relações jurídicas na sociedade brasileira.

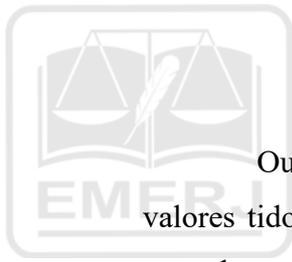
O artigo 3º da CRFB/88²⁵, elenca em seu inciso I a solidariedade como um dos valores humanos que serão observados no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Já a interpretação do artigo 2º da mesma Constituição não pode se dissociar dessa ideia, de maneira que a interpretação dos termos “independentes e harmônicos”, quando se relaciona aos Poderes da República, deve seguir a mesma linha.

Dessa forma, o que melhor atende ao interesse social, e acima de tudo à interpretação técnica da Constituição Federal de 1988 é, como numa simbiose hermenêutica, unir todos os conceitos contidos nas especificidades desses artigos para que se dissolvam de forma uniforme sobre a organização social e a organização institucional.

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.105/2015. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.

²⁵ BRASIL. op. cit., nota 1.



Ou seja, o que se propõe é entender que não só a sociedade deve pautar-se em valores tidos de forma subjetiva e abstrata como éticos e humanos, mas sim o estado deve entender-se um organismo virtualmente vivo, por mais que seja criatura do homem, de maneira que só assim conseguirá atingir com integralidade todos os seus objetivos, já que o criador materializa a criatura à sua imagem e semelhança.

José Afonso da Silva²⁶ ressalta que o trabalhado princípio da separação dos poderes, como concebido originalmente, no cenário constitucionalista atual não apresenta mais aquela rigidez de Montesquieu, uma vez que a ampliação das atividades do estado contemporâneo “impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário”.

Celso Ribeiro Bastos²⁷ ainda fala sobre a flexibilização da teoria da tripartição dos poderes, alegando que a divisão rígida das três funções do estado já está superada, uma vez que atualmente até mesmo no âmbito de suas funções originais os Poderes possuem atribuições extraordinárias, de modo que isso representa que, de forma intrínseca à máquina institucional do estado, todas as três funções da República perdem em termos a caracterização que possuem frente à sociedade, uns tocando os outros numa espécie complexa de miscigenação das funções ordinárias.

Disso resulta dizer que mesmo ao Poder Executivo correspondem funções internas de julgamentos administrativos e de edição de atos regulatórios; o mesmo acontece com o Poder Judiciário, que legisla e se administra internamente; e com o Poder Legislativo, que julga e administra. Mas não há mitigação da organização de “freios e contrapesos”.

Mesmo há 18 anos, José Afonso da Silva²⁸ já entendia ser ultrapassada e superada a teoria da separação dos Poderes de Montesquieu, militando academicamente por uma necessidade de releitura desse viés interpretativo que entendia serem as funções do estado consideradas autônomas e desconectadas, apesar de um atuar harmônico.

O jurista português J.J. Gomes Canotilho acentua que quando se fala em separação dos poderes não se remete de maneira alguma a crise institucional ou qualquer abalo à unidade do estado, mas sim deve-se sempre observar a unidade da instituição estatal.

Fica bem trabalhada a vantagem absurda da ideia quando se imagina a atuação orgânica dos Poderes Judiciário e Legislativo, por exemplo, com a conseqüente diminuição drástica do número de ações sobre a constitucionalidade, uma vez que a integração entre os

²⁶ SILVA, op. cit. p.114.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 32.

²⁸ Ibid. p. 34.



Poderes naturalmente gera a racionalização da boa técnica de legislar e aplicar leis efetivamente úteis e seguras para a sociedade.

Além disso, uma atuação integrativa entre Executivo e Judiciário diminuiria absurdamente o número de casos sobre gestão pública judicializados, otimizando a prestação estatal aos cidadão e diminuindo o custo da máquina estatal.

Não atrás ficam as vantagens da integração entre Legislativo e Executivo, uma vez que os dois grandes Poderes de representação democrática deveriam buscar, em uma atuação mais responsável e menos interdependente, enfraquecer o presidencialismo de coalizão, que é um sistema de organização que favorece a troca de favores pessoais e a corrupção de seus membros, o que exponencialmente tenderia a aumentar a confiabilidade desses órgãos perante a sociedade.

Apenas exemplos expostos, o que poderia tomar dezenas de páginas com explicações minuciosas sobre uma fórmula que fez todas as formas de organização da vida em âmbito global obterem sucesso: a cooperação, com gestão integrativa e a consciência de que a união entre os seres adquire unidade orgânica quando se concretiza.

Dessa forma, não há falar em qualquer maneira diferente de entender a questão, senão por uma interpretação integrativa e orgânica dos Poderes da República, sendo este o único próximo passo hermenêutico que merece acolher o artigo 2º, de nossa Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou trazer a realidade trágica que as instituições da máquina estatal estão vivenciando, o que está sintomatizado com a completa instabilidade institucional que acometeu o país nos últimos anos.

A inderrogável questão é que a sensação é a de que tudo orbita a economia, quando na verdade essa é uma grande ilusão. Quando uma sociedade baseia seu equilíbrio social nos sucessos ou fracassos da economia, e este setor enfrenta uma época de crise – o que lhe é natural, ciclicamente – torna-se impossível não perceber que as bases sociais foram construídas sobre solo moveidinho, o que lhe é totalmente pernicioso.



A Constituição da República, principalmente no caso do Brasil, é uma carta não só ao estado, mas aos cidadãos, que tem por objetivo uni-los e dar-lhes estabilidade social e segurança.

Contudo, o organismo institucional criado pela sociedade – o estado – também carece dessa necessidade, mas nunca deixando de observar preceitos constitucionais de natureza humanitária. Assim, se consolida da única forma real e estável, de modo a não apoiar-se apenas numa ilusão que é a economia.

O estado merece ser forte e sólido, para atingir suas finalidades principais: acolher os cidadãos, e dar-lhes condições dignas para vida, família e trabalho útil.

Os Poderes da República estão passando por transformações institucionais em seu âmago de atuação, em sua inteligência instrumental, que estão sendo iniciadas nas cúpulas com os grandes atores do cenário nacional.

O Judiciário faz sua parte com a defesa do ativismo judicial dialógico, porquanto este aprofunda suas raízes na releitura do artigo 2º, da C.R.F.B./88, com o avanço na interpretação do princípio da separação dos poderes, agora devendo ser pautado em uma hermenêutica que observa a teleologia do próprio Estado, visto sob ângulo macro e primitivo, como a própria institucionalização do contrato social, de modo que, desta forma, a essência do referido artigo teria um foco principal a harmonização da sua atuação orgânica como ente institucional uno, representante da sociedade, constituído pelas próprias finalidades daquele contrato social.

Assim, o ativismo dialógico constituiria um instrumento claríssimo que deveria ser tomado como uma postura menos incomum do Poder Judiciário, uma vez que reafirma a própria essência da harmonização integrativa dos três Poderes da República, em atuação cooperativa e equilibrada, o que garante a maior efetividade possível a todas as finalidades formalizadas como diretrizes constitucionais dessa máquina institucional criada pela sociedade (o Estado).

Desse modo, deve-se ater para o fato de que é inegável que esse movimento em prol da expansão da atuação do Poder Judiciário não é – e sequer merece cogitar-se ser pensado assim – uma expansão das vaidades dos representantes de um Poder de caráter contramajoritário, mas sim deve ser entendido como uma intenção fortíssima de se buscar a integração entre os Poderes a máxima eficácia das diretrizes constitucionais, e não a diminuição da esfera de atuação dos outros, como levemente se chegou a especular.

A gestão integrativa da máquina estatal, observada como um todo, tendo como instrumento a releitura do artigo 2º da CRFB/88, certamente traria a rearmonização entre os



Poderes e a sua atuação orgânica, aumentando os diálogos e otimizando a prestação dos serviços que o estado deve à sociedade.

Consequentemente traz uma concreta sensação de segurança, diminui os custos da máquina estatal, e promove a evolução social por meio da manutenção do estado de paz e equilíbrio.

Ou seja, está mais que nítido que repensar essa questão é uma nova forma de buscar organizar o Estado Democrático e Republicano, reforçando o contrato social, de modo que não há como visualizar qualquer caminho diferente da união e aproximação entre os líderes, com a concretização dessas novas balizas interpretativas pelo Supremo Tribunal Federal.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.105/2015*. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 10 de out. 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um 'ativismo judicial' sem precedentes?*. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>>. Acesso em: 10 de out. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro: curso completo*. São Paulo; Revista dos Tribunais. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo; Malheiros. 2000.

STRECK, Lênio. *Rubicação e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?* Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em 30/11/2018.

TEORIA CONCRETISTA SOB O ENFOQUE DO ATIVISMO JUDICIAL: A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL FACE À INÉRCIA DO LEGISLATIVO

Renato Passos Aguiar

Graduado pela Universidade Candido Mendes.
Advogado.

Resumo – O tema do presente artigo se mostra de fundamental importância no âmbito social, político e jurídico. A temática relacionada ao ativismo judicial vem sendo debatido diante do atual cenário político pelo qual o Brasil passa e de posições adotadas por tribunais de todo o país que denotam grande carga de ativismo, apesar da existência de mecanismos como a separação dos poderes e o sistema de freios de contrapesos. Verifica-se que o poder judiciário tem uma grande possibilidade de atuação ativa pautada em princípios com a finalidade da busca da promoção dos direitos fundamentais. O presente trabalho visa abordar o enorme prejuízo da omissão legislativa e a necessidade de um ativismo judicial de forma moderada, para que, exclusivamente proteja e promova os direitos fundamentais, com base na própria Constituição Federal, a fim de evitar eventuais totalitarismo do Poder Judiciário.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Ativismo judicial. Princípios constitucionais. Direitos fundamentais.

Sumário – Introdução. 1. Como o princípio da separação dos poderes deve ser analisado à luz das limitações existentes para o exercício dos direitos fundamentais. 2. Como o legislador se posiciona diante do princípio da separação e da necessidade do exercício dos direitos fundamentais. 3. O paradoxo da ilegitimidade do poder judiciário diante da aplicação de um direito democraticamente construído na busca da proteção e da concretização dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da prática do ativismo judicial, na intenção de possibilitar aos cidadãos o exercício de direitos fundamentais obstados pela inércia do legislador. Procura-se demonstrar que mesmo a separação dos poderes sendo cláusula pétrea, deve haver flexibilização de tal princípio quando do interesse do cidadão, principalmente no tocando ao exercício de direitos fundamentais.

Para tanto será abordado os debates judiciais realizados acerca do tema, bem como a lei que positivou esse modo de agir do Poder Judiciário.

O tema traz controvérsia, uma vez que está atrelado aos princípios constitucionais da separação dos poderes, bem como da dignidade da pessoa humana, consubstanciada nos direitos fundamentais do cidadão e também pela grande preocupação quanto ao ativismo judicial, pois, se utilizado de forma não responsável traz grande instabilidade e insegurança ao sistema



jurídico, razão pela qual em prol da importância de tais direitos, é necessário analisar o presente assunto.

Inicia-se no primeiro capítulo do trabalho com o já antigo debate sobre a separação dos poderes e o ativismo judicial, de forma a analisar a ponderação de tal princípio face às necessidades do cidadão.

Dessa forma, procura-se demonstrar que mesmo se tratando de princípio que rege o sistema de governo, deve haver sua ponderação frente aos direitos dos cidadãos, sendo certo que não é aceitável num sistema democrático de direito que os cidadãos deixem de exercer direitos devido à inércia de seus representantes.

No segundo capítulo é realizada a análise da positivação da teoria concretista, por meio do princípio da legalidade, onde, com esse permissivo legal foi concedido ao judiciário a possibilidade de invadir a esfera de competência do poder legislativo.

Observa-se que, por meio do ativismo judicial, o Poder Judiciário já procedia de forma a invadir a competência do Poder Legislativo aplicando a teoria concretista na resolução de suas demandas para não deixar o cidadão sem a possibilidade de exercer seus direitos fundamentais, prestigiando, por fim, a dignidade da pessoa humana. Para corroborar com a necessidade de proteção do exercício dos direitos fundamentais, apresenta-se nesse capítulo argumentos dos Ministros do STF favoráveis a esta atuação por meio do ativismo judicial.

Por fim, no terceiro capítulo, busca fazer uma análise positiva do ativismo judicial, sob o prisma da legitimação do poder judiciário, eis que em nosso sistema os representantes do judiciário não são representantes eleitos pelo povo. Dessa forma, observa-se que os magistrados prestigiam o exercício dos direitos fundamentais, positivados, em última análise, pelo próprio povo, por meio de seus representantes, em detrimento do princípio da separação dos poderes.

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 jurisprudência pertinente e temática em foco.



1. COMO O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DEVE SER ANALISADO À LUZ DAS LIMITAÇÕES EXISTENTES PARA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Atualmente, o modelo de governo mais aceito é o da separação dos poderes que segue a corrente tripartite nos moldes descritos por Montesquieu em sua obra ‘O Espírito das Leis’. O autor observou que pela experiência dos modelos de governo onde ocorria a concentração de todo o poder em uma só pessoa, se chega a conclusão que o homem que detém um poder ilimitado em suas mãos acaba por se corromper e abusar dele.

Dessa forma, a fim de evitar a corrupção e abusos por parte do detentor do poder, a proposta de modelo de governo proposta por Montesquieu apresenta a divisão em três poderes – Poder Legislativo, que detém como função típica a de legislar e fiscalizar; Poder Executivo, que detém como função típica a de administração do Estado; Poder Judiciário, que detém como função típica a aplicação da lei. Nota-se que cada poder possui suas atribuições, trazendo, ainda, a ideia das suas respectivas limitações e uma relação de harmonia e independência entre si, visando um equilíbrio com a finalidade de um poder não se sobrepor ao outro.¹

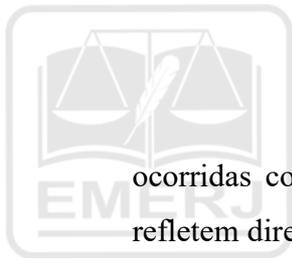
O constituinte brasileiro, percebendo a importância desse modelo de governo, o tornou uma cláusula pétrea, conforme o artigo 60, §4, III da Constituição Federal², *in verbis*: “ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes”.

Esse modelo impede que um poder invada a atribuição do outro, buscando sempre o equilíbrio e evitando o abuso do poder. Entretanto, diante da possibilidade da prática de abusos e da separação de atribuições não ser respeitada, Montesquieu prevê um controle recíproco natural, onde um poder consegue exercer uma forma de controle a fim de evitar/cessar a prática de abusos, denominado sistema de freios e contrapesos, que tem a finalidade de manter a harmonia entre todos os poderes.

Do outro lado, se tem os direitos fundamentais, que são direitos de extrema importância para os cidadãos, construídos a partir de transformações históricas e evoluções

¹ COUCEIRO, Julio. *Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura#_ftnref7>. Acesso em: 14 abr. 2018.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.



ocorridas com base em lutas contra abusos por parte do Estado, onde, em última análise, refletem diretamente a dignidade da pessoa humana.³

Os direitos fundamentais representam direitos de com base intrinsecamente constitucional, tendo a possibilidade ou não de ser um dos direitos humanos. Porém, não se trata de um mero direito constitucional, trazendo uma carga de princípios e regras que os fazem ter um status próprio, em distinção de uma simples norma constitucional.⁴

Aqui reside a problemática da questão. O princípio da separação dos poderes deve ser prestigiado em detrimento do exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos?

A primeira oportunidade de manifestação quanto a essa questão surgiu no julgamento do Mandado de Injunção nº 107. O STF, em sua decisão, prestigiou o Princípio da Separação dos Poderes tendo, como um dos principais argumentos, a sua imunidade por ser uma cláusula pétrea, conforme se observa no trecho do voto do Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem no MI 107⁵:

[...] verifica-se, claramente, que não se deu ao Supremo Tribunal Federal – e o mesmo motivo é bastante para não dá-lo a quaisquer juízes e Tribunais em mandado de injunção que visasse à regulamentação extensível a casos análogos – o poder de legislar, ainda que provisoriamente, na ação de inconstitucionalidade por omissão em respeito ao princípio da separação dos poderes que, na Constituição atual, foi incluído entre os princípios imunes ao poder de revisão (art. 60, §4, III).

A constituição de 88 trouxe para o Brasil, mais especificamente no seu artigo 3º, os ideais da prestação de direitos social, trazendo como objetivos dispositivos que traduzem uma atuação positiva por parte do Estado para garantir a efetividade dos direitos fundamentais. A preocupação surge da evolução do Estado Liberal para o Estado Social, onde foi verificado que o Estado deveria prestar ações positivas com a finalidade de proteger os direitos dos cidadãos, sendo um dos principais objetivos a serem alcançados. Tal visão, por si só, já seria o suficiente para retirar a rigidez do Princípio da Separação dos Poderes, pois, se dotar tal princípio de inflexibilidade, a finalidade de um Estado Social ficaria ao arbítrio dos poderes competentes para a edição das normas viabilizadoras do exercício dos direitos fundamentais, os quais, se não cumprirem tal papel, resultariam na falta da necessária proteção ao cidadão.

³ LURCONVITE, Adriano dos Santos. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528>. Acesso em: 14 abr. 2018.

⁴ SARLET, Ingo. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *MI-QO 107/DF*. Relator: Ministro Moreira Alves, p. 39. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107[1].pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2018.



Esse, inclusive, foi um dos argumentos utilizados pelo STF quando da virada jurisprudencial, onde a corte entendeu que deveria prestar a efetiva proteção dos direitos dos cidadãos, flexibilizando o Princípio da Separação dos Poderes para, assim, viabilizar o exercício de tais direitos.

[...] O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas. E este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessária a intervenção ativa do Tribunal Constitucional.⁶

Verifica-se, assim, que toda a ordem constitucional tem enorme preocupação com os direitos fundamentais, visto que por imposições normativas ou evoluções teóricas/filosóficas, tal tipo de direito ganha prestígio na sua proteção, sendo objeto de mecanismos que garantem o seu pleno exercício.

2. COMO O LEGISLADOR SE POSICIONA DIANTE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E DA NECESSIDADE DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da grande importância, já explicitada, dos direitos fundamentais, verifica-se que o constituinte originário previu garantias para assegurar o exercício desses quando se está diante de uma omissão impeditiva, como, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Em que pese a importância desses direitos e dos seus instrumentos garantidores, observa-se que por muito tempo perdurou uma omissão normativa quanto ao Mandado de Injunção. Diante desse contexto, foi suscitado o debate, no STF, das questões procedimentais para o uso desse instrumento, para tratar de questões como, por exemplo, a sua auto aplicabilidade e o meio pelo qual a finalidade do Mandado de Injunção seria alcançada.

Tais questões foram debatidas e resolvidas pelo STF na Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107⁷. Nessa oportunidade, foi afirmado que a norma que institui o Mandado de Injunção é auto executável e tem aplicação imediata. Em relação ao procedimento para a sua

⁶ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*, apud. Voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670, p. 37-38. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI-QO 107/DF*. Relator: Ministro Moreira Alves, p. 02. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107[1].pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2018.



aplicação, diante da omissão normativa, foi decidido pela aplicação do mesmo procedimento do Mandado de Segurança, até que a legislação específica fosse editada.

Entretanto, observa-se que a decisão do STF não resolveu um peculiar problema inerente ao Mandado de Injunção: a sentença de tal instrumento visa a viabilização do exercício de direito fundamental, entretanto, esbarra no problema de as normas atacadas não produzirem por si só todos os efeitos que possibilitam o seu exercício.

Essa viabilização é possível por dois métodos: a edição da norma regulamentadora pelo Poder Legislativo ou a criação de um regramento pelo Poder Judiciário.

A segunda opção, apesar de solucionar o caso concreto, se contrapõe ao Princípio da Separação dos Poderes.

Diante da problemática colocada em questão, verificou-se a existência de duas teorias quanto ao modo que deveria ser tratada a questão levada ao Poder Judiciário.

A teoria não-concretista privilegia o Princípio da Separação dos Poderes, onde o Poder Judiciário deve se limitar a declarar a mora legislativa e cientificar o órgão competente para providenciar a elaboração da norma regulamentadora.⁸

Já a teoria concretista, que privilegia a proteção ao jurisdicionado entende que o Poder Judiciário deveria criar o regramento. Essa teoria torna a decisão do Mandado de Injunção efetiva e prática, resolvendo e criando meios para o exercício do direito objeto da lide que foi levado ao Poder Judiciário.⁹

Diferentemente dos métodos sistemáticos, a teoria concretista, herdeira dos métodos aporéticos de interpretação constitucional, parte da reflexão sobre o problema a ser resolvido, e não da interpretação a respeito do sistema normativo. Por isso, fala-se em concretização, ou seja, a aplicabilidade para atingir a finalidade de resolver problemas concretos. Tal teoria parte de uma interpretação do sistema jurídico utilizando-se de princípios e valores para buscar a solução mais adequada ao caso, que é a da viabilização dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma: “A Constituição é concebida como um sistema aberto de princípios e regras a serem selecionados pelo intérprete segundo critérios de conveniência e oportunidade para alcançar a solução mais justa para o problema concreto a ser enfrentado.”¹⁰

⁸ MELO NETO, Orlando Luiz de. *Mandado de Injunção e a evolução da Teoria Concretista*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47255&seo=1>>. Acesso em: 03 set. 2018.

⁹ Ibid.

¹⁰ SOUZA, Marcio Scarpim de. *Métodos concretistas de interpretação constitucional: contribuições de Viehweg, Hesse, Müller e Häberle*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56512&seo=1>>. Acesso em: 04 set. 2018.



Nota-se que a solução dada traduz a justiça almejada para o cidadão, eis que o atuar ativo do Poder Judiciário é cotejado com a omissão praticada pelo poder democraticamente eleito.

Entretanto, tal teoria, inicialmente, sofreu resistência pelo próprio STF. Ainda no julgamento do Mandado de Injunção 107, ocorrido em 1989, foi reconhecida a vedação ao Poder Judiciário do exercício de funções políticas, pois essa função é inerente aos Poderes Legislativo e Executivo, que são os órgãos de representação popular, respeitando o princípio democrático.¹¹

A virada de posição e adoção completa da teoria concretista foi ocorrer no ano de 2007, com o julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708, 712 e 721, ocasião essa que o STF adotou soluções compatíveis para a resolução dos casos levados ao judiciário, permitindo o pleno exercício dos direitos fundamentais objetos dos mandados.

Embora haja o risco de comprometimento da força normativa da Constituição, e a consequente quebra de sua unidade, a morosidade observável no andamento da atividade legislativa faz com que as interpretações de caráter concretista ganhem sustentação tendo em vista a insurgência de uma série de problemas reais, muitos deles relacionados a direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna brasileira, que não são contemplados pelo nosso sistema normativo.

Dessa forma, conforme se observa na justificção do Projeto de Lei nº 6.128 de 2009, que resultou na lei regulamentadora do Mandado de Injunção – Lei nº 13.300 de 2016 – o legislador infraconstitucional, reconhecendo a existência de lacunas que impedem a efetividade do texto constitucional, viu a necessidade de disciplinar este instrumento de tamanha importância que ajuda no regular exercício da democracia.¹²

Observa-se, ainda, que o legislador seguiu a linha da jurisprudência do STF possibilitando a aplicação, quando da decisão proferida em sede de Mandado de Injunção, de efeitos inter parte ou erga omnes na solução dada ao conflito, conforme se observa no artigo 9º, §1º da Lei nº 13.300.¹³

¹¹ ADVOCACIA SCOTY DINIZ. *A atual Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do Mandado de Injunção e o Princípio da Separação de Poderes*. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/advocacia-diniz5/artigos/a-atual-interpretacao-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-efeitos-do-mandado-de-injuncao-e-o-principio-da-separacao-de-poderes-3552>>. Acesso em: 04 set. 2018.

¹² BRASIL, *Projeto de Lei nº 6.128 de 2009*. Relator: Flavio Dino. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=697234&filename=PL+6128/2009> Acesso em: 04 set. 2018.

¹³ BRASIL, *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm> Acesso em: 04 set. 2018.



Por fim, prestigiando o princípio da separação dos poderes, o legislador privilegiou a primazia de eventual norma regulamentadora produzida pelo legislativo em detrimento de regulamentação conferida por meio de decisão judicial, trazendo, ainda, segurança ao cidadão no tocante à eventual conflito de efeitos entre duas regulamentações, conforme se observa no art. 11 da Lei nº 13.300 de 2016.¹⁴

Dessa forma, conclui-se que o ativismo judicial, apesar de ser um risco para o estado democrático de direito se utilizado de maneira imprudente, se faz necessário nos casos de efetivação de direitos fundamentais, pois, estes são a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo ser obstado o seu exercício por conta da inércia dos poderes políticos do Estado.

3. O PARADOXO DA ILEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA APLICAÇÃO DE UM DIREITO DEMOCRATICAMENTE CONSTRUÍDO NA BUSCA DA PROTEÇÃO E DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No período pós Segunda Guerra Mundial, veio à tona uma imensa preocupação com relação aos direitos humanos, tendo em vista os fatos que ocorreram em tal período.

Verifica-se que com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o mundo passou a buscar a proteção e a efetivação, por meio das leis, dos direitos e liberdades fundamentais, refletindo, em última análise, na própria dignidade da pessoa humana, conforme se observa no trecho do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵:

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

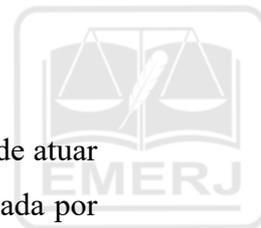
(...)

Considerando que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades.

Assim, diante da tendência positivista dos direitos fundamentais, verifica-se uma abertura para que o Poder Judiciário tenha a possibilidade de protegê-los e até concretizá-los, por meio de sua atividade típica, fato esse que permite a judicialização da política, sendo tal atuação notadamente realizada pelos tribunais constitucionais.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.



Dentro desse contexto, observa-se a existência de duas teorias sobre a forma de atuar do Poder Judiciário no tocante ao âmbito político: a corrente substancialista, capitaneada por Dworkin e a corrente procedimentalista, capitaneada por Habermas¹⁶.

Os pensadores da corrente procedimentalista defendem que a constituição tem um papel instrumental, trazendo o objetivo de garantir o exercício da democracia e as consequentes tomadas de decisões, por meio dos instrumentos de participação democrática, privilegiando a liberdade política necessária ao atuar democrático.

A intervenção judicial, para essa primeira corrente, se limita a garantir a realização dos objetivos acima expostos. Do contrário, havendo o atuar do Poder Judiciário para efetivar as promessas democraticamente realizadas, acarretaria na judicialização da política, onde se afasta o necessário debate democrático.

Defendem, ainda, a inexistência da carga moral de uma sociedade na sua constituição, afastando a ideia do reflexo dos valores morais nas normas, pois, partindo dessa ideia, o Poder Judiciário, diante da análise hermenêutica para o julgamento dos casos, se tornaria uma corte moral, dando a possibilidade ao magistrado de se basear em princípios e valores para tomar decisões que se sobrepõe às normas criadas em legítimo processo democrático. O agir como promovedor das promessas democraticamente realizadas traria a consequência, ainda, do enfraquecimento dos demais poderes¹⁷.

Logo, de acordo com essa corrente, o Poder Judiciário invade a competência dos demais poderes, por um atuar ilegítimo, ferindo a lógica do funcionamento dos poderes.

Já os defensores da corrente substancialista analisam a alta carga valorativa constante nas constituições, identificando as diretrizes a serem seguidas e conferindo às leis o papel de concretizar os valores democraticamente adotados. Afirma ser legítimo o atuar do Poder Judiciário, pautado nas diretrizes constitucionais, com o fim de dar efetividade aos direitos fundamentais. Assim, é primordial que os magistrados interpretem os valores constitucionais para que seja aplicada a devida “densidade normativa aos preceitos constitucionais vagos que elencam tais direitos”¹⁸.

¹⁶ LEAL JÚNIOR, João Carlos e SHIMAMURA, Emilim. *Sobre procedimentalismo e substancialismo na promoção de políticas públicas na área da saúde*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1404/1448>>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹⁷ SILVA, Lorena Fonseca e COUTO, Felipe Fróes. *Sobre ativismo judicial: o debate “substancialismo x procedimentalismo” em perspectiva*. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccsc/2016/02/legitimidade.html>>. Acesso em: 17/09/2018.

¹⁸ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19822/entre-kelsen-e-hercules-uma-analise-juridico-filosofica-do-ativismo-judicial-no-brasil>>. Acesso em: 18 set. 2018.



Assim, para essa corrente, a legitimidade do judiciário se dá pela proteção e concretização dos direitos fundamentais.

Verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil favorece a prática de um viés substancialista, tendo em vista alta carga valorativa constante do seu texto, resguardando os valores consagrados pela sociedade, conforme se observa em seu preâmbulo¹⁹. Nota-se, ainda, a importância dada aos direitos fundamentais que, além da positivação e da proteção conferida, foram classificados como cláusula pétrea devido a sua importância, conforme se observa no art. 60, §4, IV da CRFB.²⁰

Diante do olhar substancialista, verifica-se que o Poder Judiciário observa a carga valorativa presente na Carta Maior quando da sua atuação.

De acordo com o Ministro Celso de Mello²¹, como cabe ao Poder Judiciário a guarda dos direitos e garantias fundamentais, esse poder, mais notadamente pelo seu tribunal constitucional – Supremo Tribunal Federal – adota um comportamento afirmativo, tendente a efetivar os preceitos constitucionais. Assim é legítima uma conduta ativa para que se faça suprir as graves lesões aos direitos e liberdades fundamentais, sendo esta uma consequência do impacto substancialista na Constituição da República Federativa do Brasil.

Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, sempre tão ilegítimas quanto profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir incompreensíveis situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro.

Diante do cotejo com a omissão praticada pelo poder legislativo, ainda de acordo com o Ministro Celso de Mello²², a postura adotada pelo Poder Judiciário se tornou uma necessidade institucional:

Em uma palavra, Senhor Presidente: práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18 set. 2018.

²⁰ Ibid.

²¹ SOLENIDADE DE POSSE DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO NA PRESIDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DO BRASIL, 2012, Brasília. *Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Celso de Mello*. p. 22. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

²² Ibid., p. 22-23.



Observa-se que, diante do presente cenário, o Poder Judiciário desempenha um forte poder político. O órgão tem a possibilidade de, fundamentadamente, sobrepor decisões oriundas dos demais poderes democraticamente eleitos, poder esse chamado de contramajoritário que objetiva proteger as minorias diante da perspectiva material/substancialista da democracia constitucional, sendo dotado de legitimidade, conforme explica o Ministro Barroso²³ “ [...] entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias”.

Assim, se vê plenamente legítimo o ativismo judicial quando esse se dá na busca da proteção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Ainda conforme o Ministro Barroso²⁴, há dois vieses legitimadores do atuar ativo do judiciário: um de natureza normativa e outro de natureza filosófica.

O viés normativo se justifica pelo fato da própria constituição conferir um certo poder político ao judiciário, mais notadamente para a corte constitucional. A aplicação das leis e da constituição traduzem a mais pura concretização da vontade democrática, eis que aquelas, em última análise, decorrem do próprio povo, por meio de seus representantes.

Porém, diante de expressões vagas, valores e princípios aplicados quando do seu atuar, verifica-se que o poder judiciário, de sua maneira, acaba participando do processo legislativo.

Já o viés filosófico se verifica dentro do debate acerca do constitucionalismo e da democracia. O primeiro traduz a ideia da limitação de poderes, proteção e efetivação dos direitos fundamentais – resumido na razão. Já o segundo se traduz na soberania do povo – vontade da maioria. Observa-se, assim, a possibilidade de conflitos envolvendo a razão e a vontade.²⁵

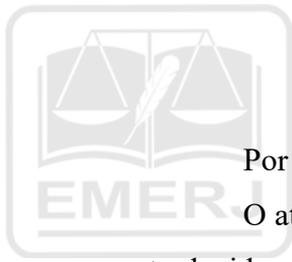
Dentro dessa ideia, a constituição deve, nas palavras do Ministro Barroso²⁶, desenvolver dois grandes papéis: “estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla” e “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”, sendo o STF, como interprete da constituição velar pelas regras do jogo e pelos direitos fundamentais.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-roberto-barroso.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁵ *Ibid.*, p. 11.

²⁶ *Ibid.*, p. 11-12.



Por fim, verifica-se que essa possibilidade de atuação não se dá de maneira ilimitada.

O atuar do Poder Judiciário não pode se sobrepôr à democracia. O governo da maioria, traduzido no papel dos poderes legislativo e executivo devem ser respeitados. Cabe à lei, observando a carga valorativa da constituição, devidamente aprovada em processo legislativo democrático, traduzir as escolhas e visões da sociedade diante de sua natural evolução.

O Poder Judiciário deve se restringir à contenção de abusos e a preservação da democracia e dos direitos fundamentais.

Ainda de acordo com o Ministro Barroso²⁷: “Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos”.

Assim, verifica-se a possibilidade da prática do ativismo judicial para a efetivação dos direitos fundamentais diante de uma omissão legislativa. Os limites democraticamente impostos devem ser respeitados, não devendo o Poder Judiciário utilizar de técnicas hermenêuticas para violar o modelo democrático, devendo, sempre, privilegiar a posição do cidadão como sujeito de direito.

CONCLUSÃO

O tema em análise no presente artigo científico tem grande relevância política, jurídica, filosófica e social, ultrapassado o mero debate jurídico, pois traz consequências diretas para a vida social, podendo afetar a regulação das relações interpessoais na sociedade.

Verifica-se o debate político-filosófico da organização do estado, baseado no modelo de Montesquieu, adotado pela Constituição de 1988, onde ambos os poderes devem atuar em harmonia com competências e finalidades delimitadas, havendo, ainda, um sistema de controle mútuo para evitar sobreposições e posições totalitaristas de quaisquer dos poderes.

A Constituição Federal privilegiou o grupo dos direitos fundamentais, conferindo para esses grande importância. Verifica-se que tais direitos, além de privilegiarem o ser humano como pessoa, trazem toda a carga democrática emanada do povo, tendo, assim, seus representantes os elencados em tal categoria.

Desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988, até os dias atuais, verifica-se que o Poder Legislativo se omitiu na produção legislativa de diversos dispositivos legais. Vários

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 12. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.



desses impedem justamente a efetivação dos direitos fundamentais, sendo tal omissão de enorme prejudicialidade para a sociedade.

Tal omissão, inclusive, foi reconhecida pelo próprio Poder Legislativo justificando o Projeto de Lei nº 6.128 de 2009, que resultou na Lei nº 13.300 de 2016, que veio a regulamentar o Mandado de Injunção, importante mecanismo fornecido à sociedade para sanar essa omissão.

Enfrentando a omissão praticada, o Poder Judiciário vem se portando com um atuar ativo para conferir a devida proteção e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais por meio de um moderado poder político conferido pela Constituição Federal, fazendo presente o debate sobre a invasão do Poder Judiciário nas demais esferas do Estado.

Dessa forma, é possível afirmar a necessidade de um ativismo judicial regulado, com a finalidade da proteção e da garantia dos direitos fundamentais e para que não haja qualquer possibilidade de tamanha desarmonia entre os poderes a ponto de um totalitarismo praticado pelo Poder Judiciário. Tal atuar deve se dar dentro dos limites que a própria Constituição Federal conferiu, uma vez que essa, além de conferir um elevado grau de importância para tais direitos se traduz na voz do próprio povo por meio de seus representantes. Por tais razões, fica claro a necessidade de um ativismo judicial para proteger tais direitos, não havendo espaço para se falar da total retração do Poder Judiciário diante de omissões legislativas gravosas para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ADRIANO DOS SANTOS LURCONVITE. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528>. Acesso em: 14 abr. 2018.

ADVOCACIA SCOTY DINIZ. *A atual Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do Mandado de Injunção e o Princípio da Separação de Poderes*. Disponível em: <<https://juridocerto.com/p/advocacia-diniz5/artigos/a-atual-interpretacao-do-supremotribunal-federal-sobre-o-efeitos-do-mandado-de-injuncao-e-o-principio-da-separacao-de-poderes-3552>>. Acesso em: 04 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.



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

_____. *Projeto de Lei nº 6.128 de 2009. Relator: Flavio Dino*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=697234&filename=PL+6128/2009>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. *Lei nº 13.300/2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm> Acesso em: 04 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI-QO 107/DF*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107[1].pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

COUCEIRO, Julio. *Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura#_ftnref7>. Acesso em: 14 abr. 2018.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19822/entre-kelsen-e-hercules-uma-analise-juridico-filosofica-do-ativismo-judicial-no-brasil>>. Acesso em: 18 set. 2018.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; SHIMAMURA, Emilim. *Sobre procedimentalismo e substancialismo na promoção de políticas públicas na área da saúde*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1404/1448>>. Acesso em: 17 set. 2018.

MENDES, Gilmar. *Supremo Tribunal Federal Voto no MI 670*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

SOLENIDADE DE POSSE DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO NA PRESIDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DO BRASIL, 2012, Brasília. *Discurso proferido por Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

SARLET, Ingo. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

SILVA, Lorena Fonseca; COUTO, Felipe Fróes. *Sobre ativismo judicial: o debate “substancialismo x procedimentalismo” em perspectiva*. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/ccss/2016/02/legitimidade.html>>. Acesso em: 17/09/2018.



SOUZA, Marcio Scarpim de. *Métodos concretistas de interpretação constitucional: contribuições de Viehweg, Hesse, Müller e Häberle*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56512 &seo=1>>. Acesso em: 04 set. 2018.



A PENHORA PARCIAL DO SALÁRIO COMO MECANISMO DE GARANTIA DA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Renato Soares da Silva

Graduado pela Faculdade de Direito do Centro
Universitário da Cidade. Advogado.

Resumo – O presente trabalho visa a admitir a penhora parcial do salário como forma de viabilizar o pagamento do débito judicial, independentemente da sua natureza. O objetivo é defender tal possibilidade para a satisfação do crédito de qualquer natureza civil, com amparo nos princípios constitucionais e processuais aplicáveis, o que até pouco tempo era permitido apenas para débitos de natureza alimentar. Com a renovação da lei processual civil, principalmente a exclusão da palavra absolutamente do dispositivo legal que trata dos bens impenhoráveis, a constrição sobre o salário, respeitada as garantias constitucionais e processuais do devedor, poderá se tornar um meio eficaz a viabilizar a quitação do débito judicial e assim garantir a efetividade da justiça.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Princípios Constitucionais e processuais. Segurança Jurídica. Efetividade da justiça. Execução. Penhora parcial do salário ou renda.

Sumário –Introdução. 1. A penhora parcial do salário à luz dos princípios constitucionais e processuais. 2. Os bens impenhoráveis e os princípios da segurança jurídica e efetividade da execução. 3. A penhora parcial do salário para a satisfação de qualquer tipo crédito é uma forma de contribuir para a efetividade da justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Na presente pesquisa científica, discute-se a possibilidade da penhora parcial do salário para quitação de débito judicial, independentemente da natureza, como forma de garantir a efetividade da justiça. O Código de Processo Civil vigente, Lei nº 13.105/2015, promoveu profundas modificações no rito processual, unificou e reduziu prazos, extinguiu recursos e alguns procedimentos especiais, além de conferir uma série de medidas com o objetivo de assegurar maior agilidade à prestação jurisdicional.

O Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869 de 1973, considerava em seu artigo 649 o salário, proventos ou demais rendimentos decorrentes do trabalho como absolutamente impenhoráveis. Entretanto, na aplicação da lei ao caso concreto e amparada numa interpretação teleológica, a qual orienta no sentido de que se deve levar em conta as exigências econômicas e sociais que o legislador buscou proteger, de modo a adequá-la aos princípios da justiça e do bem comum, a jurisprudência se posicionou no sentido de permitir a penhora de tais rendimentos, mas apenas para saldar débitos relativos à créditos trabalhistas e na seara da justiça comum, aquelas dívidas oriundas de obrigação de prestar alimentos.



O atual livro de ritos civil ao suprimir o adjetivo absolutamente da redação do artigo 833 que trata dos bens impenhoráveis afastou o caráter irrestrito da impenhorabilidade do salário e assim, permite ao julgador analisar de acordo com o caso concreto posto à análise a possibilidade ou não de deferir a medida e permitir a constrição sobre a renda decorrente do trabalho para quitação de débitos judiciais de qualquer natureza, ampliando assim as chances do credor em receber aquilo que lhe é devido, o que seguramente é o objetivo principal a ser alcançado numa contenda judicial que envolva cobrança de dívidas.

O tema é controvertido e merece aprofundamento, sobretudo pelo pouco tempo de vigência da mudança legislativa provocada pela promulgação e entrada em vigor do atual Código de Processo Civil. Se existem garantias constitucionais e processuais a serem observadas em benefício do devedor, não menos importante existe um direito de crédito a ser satisfeito e que também merece ponderação do julgador. E no sopesamento entre tais direitos há de se chegar a uma decisão justa, que traduza o real conceito de justiça, de modo a não causar excesso de proteção ao devedor ou descrédito no Poder Judiciário.

Serão utilizados no presente artigo os fundamentos constitucionais e processuais aplicáveis e que norteiam os atos a serem praticados durante a fase de cumprimento forçado da sentença, bem como recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

No primeiro capítulo aborda-se o tema à luz dos princípios constitucionais e processuais, com o fim de justificar a possibilidade da penhora parcial do salário, para viabilizar o pagamento da dívida judicialmente reconhecida, independente da sua natureza, e não apenas àquelas de caráter alimentar, como até recentemente ocorria.

O capítulo seguinte tratará da nova redação do dispositivo legal que cuida dos bens impenhoráveis e do novo paradigma que surge dessa alteração legislativa, provocada pela promulgação do atual Código de Processo Civil, que tem como finalidade agilizar a prestação jurisdicional.

O terceiro e último capítulo destina-se a defender a possibilidade jurídica da penhora parcial do salário, não restringindo tal possibilidade apenas aos casos de débitos alimentares, mas sim a qualquer dívida de natureza civil, observado o limite legal no que diz respeito ao percentual do salário que será possível comprometer para a quitação do débito, de modo a preservar as garantias constitucionais e processuais do devedor e o direito do credor.

A abordagem do tema central deste artigo é realizada por intermédio do método qualitativo, pois serão utilizadas a legislação, doutrina e jurisprudência sobre o tema em discussão para fundamentar a tese ora sustentada.



1. A PENHORA PARCIAL DO SALÁRIO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS

Após longo período em que o Brasil esteve sob controle da ditadura militar, tempo muito caracterizado pela restrição de liberdade e direitos individuais, ocorreu a redemocratização do país, cuja expressão maior foi a promulgação da Constituição Federal em 1988, reconhecida como instrumento da democracia. No capítulo dedicado às garantias e direitos fundamentais, constam diversos dispositivos que têm por objetivo proteger a liberdade e o direito do indivíduo. Cláusulas pétreas que não podem ser suprimidas.

No que concerne às garantias processuais, destacam-se aquelas que visam tutelar direitos no âmbito processual, dentre outros destacam-se o direito ao contraditório e a ampla defesa, a inadmissão de provas ilícitas e a garantia de que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal. O mais recente desses está no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República, inserido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004¹, que tem por objetivo garantir aos litigantes a duração razoável do processo.

O que o credor pretende em um processo é que a decisão judicial produza efeitos concretos, de modo a conduzir à satisfação do direito, onde a efetividade da justiça seja traduzida e materializada no recebimento do crédito judicialmente reconhecido e no menor tempo possível. E para o Poder Judiciário o objetivo é a pacificação social.

Dentre as acepções existentes no vernáculo para a palavra efetividade estão a capacidade de concretizar algo em efeitos reais ou ainda, caráter ou qualidade de um ato processual que apresenta os efeitos desejados por ter sido plenamente cumprido ou executado. Sob esse prisma, pode-se concluir que a efetividade processual é a capacidade que o processo tem de assegurar à parte o objetivo concreto da sua pretensão. Para tanto, é importante que ela disponha de mecanismos apropriados e eficazes para alcançar tal objetivo.

Com o fim de tornar o processo civil contemporâneo, considerando a atual realidade da sociedade com toda a evolução humana e tecnológica, e ainda reduzir o tempo de duração de um processo, surgiu o novo Código de Processo Civil, ou simplesmente CPC, fruto de grande anseio da comunidade jurídica, pois o livro de procedimentos foi promulgado no ano de 1.973 e durante o tempo em que vigorou sofreu diversas modificações, a fim de adequá-lo às transformações sociais que ocorreram de forma mais dinâmica e implementadas mais rapidamente em comparação àquelas de natureza legislativa.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

Na apresentação da sua obra sobre o novel, o ministro Luiz Fux² do Supremo Tribunal Federal – STF menciona que a duração razoável do processo é um anseio antigo, consagrado nas Declarações Fundamentais dos Direitos Humanos de todo o mundo e contemplada nas Constituições modernas oriundas do movimento denominado neoconstitucionalismo. Afirma que os tempos atuais reclamam por uma justiça acessível e que conceda ao cidadão uma resposta justa e tempestiva, de modo a assegurar a credibilidade que o Poder Judiciário detém.

Inúmeras propostas de alteração foram encaminhadas à comissão criada para tratar do projeto de lei que deu origem ao novo código. E três foram os principais fatores que nortearam os trabalhos do grupo para análise das proposições com o fim de modernizar a lei processual: o elevado número de demandas ajuizadas, o excesso de formalismo e dos recursos previstos na lei.

O ministro Luís Felipe Salomão³ do Superior Tribunal de Justiça – STJ pontuou que o atual CPC tem o objetivo de racionalizar a prestação jurisdicional. Considerou que é imperioso debelar a crise provocada pelo ajuizamento de aproximadamente 30 milhões de processos por ano, o que nominou como judicialização da vida.

Esse elevado número de processos ajuizados atenta contra o princípio constitucional da razoável duração do processo. E naquele em que se discute inadimplemento, o tempo corre em favor do devedor que, a despeito de haver previsão legal de acréscimos legais a incidirem sobre o débito e das medidas processuais a sua disposição, pode no curso do processo ocultar patrimônio para escapar das investidas dos credores, ainda que haja previsão legal de medidas jurídicas que visam coibir ou rever tais atos que possam ser considerados como tentativa de fraude.

No entanto, há ainda aquele devedor que simplesmente não dispõe de lastro patrimonial para garantir a execução, conta apenas com a remuneração mensal do seu labor. E quanto a esta o Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869 de 1973 considerava o salário como um bem absolutamente impenhorável nos termos do seu artigo 649, inciso IV. A exceção à tal regra se dava para pagamento de débitos de natureza alimentar, decorrente de pensão alimentícia, por força do que previa o parágrafo segundo do dispositivo citado.

O Código de Processo Civil atual alterou a redação do artigo que trata dos bens impenhoráveis, excluiu a palavra absolutamente do texto, e assim passou a permitir a penhora da renda oriunda do trabalho. É o que se denota da redação do artigo 833, inciso IV. Contudo,

²FUX, Luiz. *Novo Código de Processo Civil Temático*. São Paulo: Mackenzie, 2015, p. 9-15.

³SALOMÃO, Luis Felipe. Temas Atuais de Direito Processual. In: SEMINÁRIO, EMERJ, 2018. Rio de Janeiro. *Encerramento*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2018.



em razão da natureza alimentar do rendimento, a jurisprudência assentou o entendimento de que a constrição deve ser parcial, de modo a não comprometer a subsistência do devedor, que tem proteção constitucional à luz do princípio da dignidade humana e também processual, aquela que orienta no sentido de que a execução deve seguir de forma menos gravosa ao devedor.

A inovação legislativa é de suma importância para dar a concretude que se almeja ao provimento judicial perseguido, por intermédio da credibilidade e a confiança que o jurisdicionado deve ter no Poder Judiciário. Não se mostra razoável que o credor não satisfaça a sua pretensão que é receber o seu crédito depois de percorrer toda a marcha processual, que muitas vezes ocorre além da duração razoável do processo, quando se depara com a inexistência de bens do devedor para garantir a execução, e este percebe renda oriunda do seu trabalho.

De certo que ao credor é facultado promover o protesto do título judicial em cartório, com base na Lei nº 9.492 de 1997⁴ que em seu artigo 1º conceitua o protesto como ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Com o objetivo de contribuir para o cumprimento da obrigação e a conseqüente extinção do processo, bem como reduzir o número de processos em fase de execução o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁵ editou o Ato Executivo Conjunto TJ/CGJ Nº 07/2014 pelo qual permite a expedição gratuita da certidão de crédito para fins de protesto do título em cartório.

A medida é importante e produz efeitos sobre o devedor que por cláusula contratual de contrato de trabalho, como ocorre com os empregados do sistema bancário, não podem ter seus dados registrados no cadastro restritivo de crédito e com aqueles que de alguma forma necessitam de idoneidade cadastral para exercer suas atividades comerciais e laborais, já que a consequência natural do protesto é causar a restrição creditícia. No entanto, caso esteja diante de um devedor contumaz a medida restará sem efeito prático, já que não terá a força de compelir ao pagamento.

Por outro lado, caso o devedor perceba salário a incidência da penhora parcial sobre este surtirá mais efeitos que o protesto do título, já que o credor receberá o seu crédito, ainda que em pequenas parcelas, até que ocorra a extinção da obrigação.

⁴BRASIL. *Lei nº 9.492*, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm>. Acesso em: 02 Set. 2018.

⁵BRASIL. *Ato Executivo Conjunto nº 7*, de 25 de março de 2014. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=177892&integra=1>. Acesso em: 19 nov. 2018.

2. OS BENS IMPENHORÁVEIS E OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO.

O Código de Processo Civil de 1973 trazia no *caput* do seu artigo 649 a expressão “absolutamente impenhoráveis” para definir os bens imunes à penhora. A palavra absolutamente foi suprimida do novo texto legal, que no código processual vigente está previsto no seu artigo 833. Dessa forma permite uma nova interpretação sobre a natureza da verba alimentar que não perdeu a sua característica de essencialidade a subsistência, mas passou a servir como mais uma garantia ao credor ao permitir a penhora sobre ela, respeitada as limitações constitucionais e processuais aplicáveis, para recebimento do seu crédito judicialmente reconhecido.

Como era a redação do artigo 649 do CPC/73⁶:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

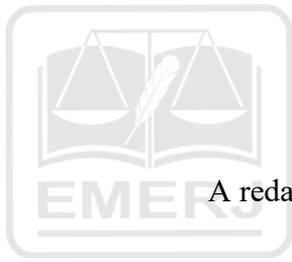
IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3o deste artigo;

Com amparo no dispositivo legal citado, o Superior Tribunal de Justiça⁷ concluiu pela impenhorabilidade absoluta da remuneração mensal do executado, como a seguir se transcreve:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PENHORA ON-LINE. DESBLOQUEIO DE VALORES RELATIVOS À APOSENTADORIA. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. 1. Para a jurisprudência desta Corte Superior, à luz do art. 649, IV, do CPC, são impenhoráveis os vencimentos ou proventos de aposentadoria do executado, ainda quando depositados em conta-corrente bancária. 2. No julgamento do REsp 1.184.765/PA, pela Primeira Seção, sob o rito do art. 543-C do CPC, embora não fosse a tese principal do repetitivo, ficou assinalado no voto do relator, Min. Luiz Fux, que "a penhora eletrônica dos valores depositados nas contas bancárias não pode descurar-se da norma inserta no artigo 649, IV, do CPC (com a redação dada pela Lei n. 11.382/2006), segundo a qual são absolutamente impenhoráveis 'os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal'". 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

⁶BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/impresao.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 765.106/RJ. Relatora Ministra Diva Malerbi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54971559&num_registro=201502096665&data=20151203&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 19 nov. 2018.



A redação atual do artigo 833 do CPC⁸:

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

A partir do *caput* dos artigos supramencionados já se demonstra com clareza a notável diferença entre as redações. O termo absolutamente não consta na redação do art.833 do CPC/15 e essa nova redação aumenta a chance da satisfação do crédito, pois confere ao juiz na análise do caso concreto, o poder de determinar a constrição sobre a renda decorrente do trabalho, independente da natureza do crédito, se alimentar ou não, desde que seja fixada em percentual razoável, que não comprometa a subsistência do devedor. E nessa linha de raciocínio, em algumas oportunidades, a Corte Superior⁹ reconheceu a possibilidade da incidência da constrição sobre verba de natureza alimentar.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. VALORES PROVENIENTES DE SALÁRIO. SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. SÚMULA N. 284 DO STF. 1. É inadmissível o recurso especial quando a fundamentação que lhe dá suporte não guarda relação de pertinência com o conteúdo do acórdão recorrido. 2. A regra geral da impenhorabilidade inscrita no art. 649, IV, do CPC pode ser mitigada, em nome dos princípios da efetividade e da razoabilidade, nos casos em que ficar demonstrado que a penhora não afeta a dignidade do devedor. Precedentes. 3. Não se conhece do recurso especial se o exame da suposta contrariedade do julgado a dispositivos de lei estiver condicionado à (re)avaliação de premissa fático-probatória já definida no âmbito das instâncias ordinárias. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1473848/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 25/09/2015)

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a constrição sobre a renda do devedor no percentual de 30%, para viabilizar a satisfação de título de crédito inadimplido. A relatora do recurso, ministra Nancy Andrighi¹⁰, consignou em seu voto que a regra processual que trata da impenhorabilidade do salário deve ser flexibilizada, de modo que a análise deixa de ser sobre a possibilidade ou não da penhora sobre o salário, e passa a verificar se penhora compromete ou não a subsistência do endividado.

⁸BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1.473.848/MS. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1445259&num_registro=201102902594&data=20150925&formato=PDF>. Acesso em: 19 nov. 2018.

¹⁰Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1658069&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 30 ago. 2018.



A jurisprudência desta corte vem evoluindo no sentido de admitir, em execução de dívida não alimentar, a flexibilização da regra de impenhorabilidade quando a hipótese concreta dos autos revelar que o bloqueio de parte da remuneração não prejudica a subsistência digna do devedor e de sua família, justificou a relatora.

Essa decisão foi objeto de crítica por parte do professor e jurista Lenio Luiz Streck¹¹. Para ele, o STJ baseou a conclusão pela penhora parcial do salário em argumentos morais e de política, os quais não cabe ao Poder Judiciário fazê-lo, mas sim o legislador. A Corte Superior contrariou o Código de Processo Civil que expressamente considera o salário impenhorável e assumiu o papel de legislador, o que não lhe cabe fazer, criando norma que contraria o texto legal.

Tenho insistido neste mantra: *não é feio nem ruim, em um Estado Democrático de Direito, aplicar a “letra” da lei, podendo esta deixar de ser aplicada apenas em seis hipóteses*. Fora disso, há um direito fundamental a que a lei seja aplicada. E não encontrei nenhuma das hipóteses presentes que justificassem a “criação de Direito” feito pelo STJ. Uma decisão judicial que afasta a exceção do artigo 833, IV, fora das exceções previstas no próprio dispositivo, seria/é casuística e ativista. Falta a ela o caráter (a possibilidade) de generalização. Isso para dizer o mínimo. Por isso é que inventaram uma coisa chamada “separação de Poderes”. Outra coisa: Não é proibido fazer sinônimas. O “não” não pode virar “sim”. Há sempre limites interpretativos.

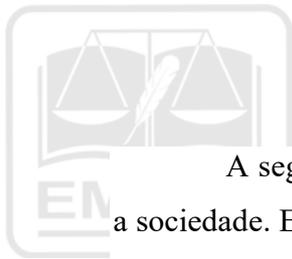
A afirmação de que o salário não poderá sofrer penhora para saldar outros tipos de dívidas demonstra protecionismo exacerbado do devedor, afronta princípios constitucionais, processuais e contratuais, além de provocar insegurança jurídica com efeitos maléficos para a sociedade, dentre eles o descrédito no Poder Judiciário, na medida em que não se mostra razoável que a obrigação de pagar não seja satisfeita, ainda que sob ordem judicial.

Em contrapartida, Flávio Correia Tibúrcio¹² trata em artigo próprio o tema com informações preciosas sobre a penhora de remuneração, a interpretação constitucional do artigo 833 e considera esta como garantia aos credores:

Por vezes, a satisfação do crédito resta esvaziada ao credor, ante o entendimento de que a remuneração (tomada como sinônimo de ganhos aptos a manter a subsistência do devedor e gênero no qual se incluem os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios, os montepios, os honorários profissionais e os valores recebidos por liberalidade de terceiro para sustento do recebedor e de sua família) é absolutamente impenhorável; noutras, o devedor vê-se privado até mesmo do mínimo para sua manutenção, ante a ordem de constrição judicial de valores depositados em suas contas bancárias.

¹¹STRECK, Lenio Luiz. *STJ erra ao permitir penhora de salário contra expressa vedação legal!*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/senso-incomum-stj-erra-permitir-penhora-salario-expressa-vedacao-legal>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

¹²TIBÚRCIO, Flávio Correia. *A penhora de remuneração, interpretação constitucional do artigo 833 do CPC e efetividade da jurisdição*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI256978,41046-Penhora+de+remuneracao+Interpretacao+constitucional+do+art+833+do+CPC>>. Acesso em: 15 out. 2018.



A segurança jurídica que se espera obter de uma decisão judicial é fundamental para a sociedade. Ela deve ser prestigiada a fim de fomentar ou incrementar o surgimento de novos negócios jurídicos. Ao revés, a inobservância causa retração, desconfiança e principalmente insegurança, o que é nefasto para a sociedade em geral e para o Poder Judiciário.

A penhora do salário pode ocorrer desde que observados os princípios constitucionais e a garantia do mínimo existencial defendido pela doutrina e jurisprudência pátria. Dessa forma, mostra ser plena e juridicamente possível a penhora parcial do salário.

Sob análise constitucional do processo civil, mormente quanto ao princípio constitucional do devido processo legal, Fredie Didier Jr.¹³ aponta que uma das normas fundamentais da tutela jurisdicional executiva é o princípio da efetividade, que consiste na exigência de um sistema completo e tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva. Os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos. Processo devido é processo efetivo.

O princípio acima citado se encontra positivado no artigo 4º do Código de Processo Civil¹⁴, que dispõe ter as partes o direito de obter a solução integral do mérito em prazo razoável, incluída a atividade satisfativa.

Citando Marcelo Lima Guerra em sua obra, Fredie Didier orienta que o direito fundamental à tutela executiva exige um sistema de tutela jurisdicional “capaz de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”. Tal sistema está amparado em três premissas: 1ª - a interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; 2ª – o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar como forme de proteção a outro direito fundamental e 3ª – o juiz tem o poder- dever de adotar os meios executivos que se revelam necessários à prestação integral de tutela executiva.

A penhora parcial do salário é de grande relevância por demonstrar de forma cristalina a importância do cumprimento voluntário da obrigação contraída ou reconhecida judicialmente. Releva transcrever o que o Código Processo Civil¹⁵ estabelece em seu artigo 1º.

¹³ DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 65.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 6.



Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Apesar da existência da legislação e princípios que deveriam ser aplicados para conferir maior segurança nas relações jurídicas, garantindo assim o devido equilíbrio e igualdade entre as partes, uma interpretação equivocada do comando legal contribui de sobremaneira para o desequilíbrio da relação, considerando que uma parte, o devedor, se beneficiará da proteção excessiva que lhe for conferida e de tal forma o incentiva a não pagar sua dívida.

Esse desequilíbrio conduz a conclusão de que a melhor forma de resguardar o direito do credor é interpretar relativamente a impenhorabilidade do salário, de modo a viabilizar a satisfação do seu crédito de natureza civil. Portanto, permitir a penhora do salário como já ocorre nos casos de débito de natureza alimentar, é prestigiar o princípio constitucional da efetividade da justiça. A existência de uma regra engessada ou taxativa sobre a penhora do salário não mais se mostra adequada à luz da nova legislação e dos atuais entendimentos jurisprudenciais.

3. A PENHORA PARCIAL DO SALÁRIO PARA A SATISFAÇÃO DE QUALQUER TIPO DE CRÉDITO É UMA FORMA DE CONTRIBUIR PARA A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

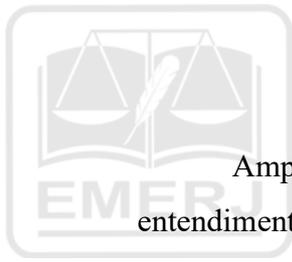
José Afonso da Silva¹⁶ assevera que direitos fundamentais do homem são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equiparação das situações sociais desiguais.

Apesar de a Constituição Federal¹⁷ garantir os direitos aos mais fracos conforme indicado acima, não é possível desconsiderar o princípio da igualdade entre as partes por questão de direito e justiça. Se de um lado deve-se proteger direitos básicos do devedor, do outro há de ser preservado o direito do credor.

O salário possui natureza alimentar e é considerado um direito social constitucionalmente protegido. A penhora sobre ele deve observar o princípio constitucional da dignidade da pessoa e aquele de natureza processual que orienta no sentido de que a execução deve prosseguir da forma menos gravosa ao devedor.

¹⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 287

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 1.



Amparada em tais premissas é que a jurisprudência hodierna consolidou o entendimento de que a constrição deve se limitar ao percentual de 30% dos rendimentos e sopesar se a penhora irá atentar ou não contra os princípios que protegem o devedor.

A ideia de tal possibilidade não é comprometer a subsistência do devedor ou de sua família, à luz do princípio da preservação da dignidade da pessoa humana, mas permitir o cumprimento de uma obrigação por ele assumida, de modo a afastar o enriquecimento sem causa, vez que se beneficiou da prestação cumprida pelo credor e deixou de pagar por ela, o que viola o princípio contratual da boa-fé objetiva.

Flávio Tartuce¹⁸ ao comentar o princípio da boa-fé o conceitua como exigência de uma conduta leal entre os contratantes, está relacionada com os deveres anexos ou laterais em uma relação:

Dever de cuidado em relação à outra parte negocial; Dever de respeito; Dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; Dever de agir conforme a confiança depositada; Dever de lealdade e probidade; Dever de colaboração ou cooperação; Dever de agir com honestidade; Dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.

A redação conferida ao artigo 833 do CPC¹⁹ se fez necessária a fim de que seja aplicado em consonância com os princípios constitucionais já mencionados ao longo deste trabalho, e ainda, permitir a possibilidade da penhora parcial do salário do devedor para a quitação de débitos judiciais, independentemente da natureza da relação jurídica que lhe deu origem, não se mostrando adequada e razoável restringir tal possibilidade tão somente para débitos de natureza alimentar.

Leciona o professor Alexandre Freitas Câmara²⁰ que a jurisprudência dos tribunais deve ser estável, íntegra e coerente, nos termos do artigo 926 do CPC²¹. A exigência de estabilidade da jurisprudência indica que linhas de decisões constantes e uniformes a respeito de determinadas matérias não podem ser simplesmente abandonadas ou modificadas arbitrariamente ou discricionariamente.

Em outras palavras, não pode um órgão jurisdicional decidir uma matéria de forma contrária, ao entendimento sedimentado pela jurisprudência majoritária, simplesmente ignorando essa linha decisória, promovendo uma flutuação de entendimentos que contraria a

¹⁸TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 625.

¹⁹FARIAS, João Guilherme A. de. *O parágrafo 3º do artigo 833 do CPC e a relativização da impenhorabilidade*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-01/joao-farias-relativizacao-impenhorabilidade-artigo-833-cpc>>. Acesso em: 01 out. 2018.

²⁰CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 368-369.

²¹BRASIL, op. cit., nota 6.



exigência de segurança jurídica. A estabilidade da jurisprudência exige também que seus próprios precedentes sejam observados, inclusive por órgãos fracionários.

A ministra Nancy Andrichi²² reforça a possibilidade da penhora de renda para pagamento de outras dívidas que não sejam de caráter exclusivamente alimentar. Aponta para o fato de que sendo o salário, vencimento, renda ou pensão poderá ocorrer constrição sobre o que superar determinado limite a ser analisado pelo julgador, à luz do princípio da garantia do mínimo existencial.

No julgado citado se discutiu a possibilidade da constrição sobre parte dos honorários sucumbenciais, que possuem natureza alimentar, recebidos pelo devedor, de tal modo que a conclusão foi no sentido de permitir a incidência da penhora sobre o valor superior a cinquenta salários mínimos, conforme colacionado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. PENHORA. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO §2º DO ARTIGO 833 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Os honorários advocatícios, contratuais, arbitrados e sucumbenciais têm natureza alimentícia. 2. Consoante o artigo 833, §2º, do Novo Código de Processo Civil, admite-se a penhora da renda do trabalhador, não só quando a dívida Documento: 84706375 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 1 de 7 Superior Tribunal de Justiça.

A possibilidade da constrição parcial da renda deve ser aplicada para a satisfação do crédito não só de natureza alimentar, mas para toda e qualquer dívida, observando-se as peculiaridades de cada caso concreto, com o fim de alcançar o adimplemento da obrigação e a efetividade da justiça.

CONCLUSÃO

O objetivo central do presente trabalho foi analisar a possibilidade da penhora parcial do salário como uma das formas de viabilizar a satisfação do crédito, na falta de outros bens que possam suportar a execução.

A redação do artigo 649 do CPC/73 não permitia a flexibilização da norma processual que expressamente incluía a renda decorrente do trabalho no rol dos bens absolutamente impenhoráveis, salvo a exceção que trazia o parágrafo segundo que afastava a incidência da regra para a dívida de natureza alimentar.

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.747.645. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Honor%C3%A1rios-advocat%C3%ADcios-podem-ser-penhorados-em-valores-excedentes-a-50-sal%C3%A1rios-m%C3%ADnimos>. Acesso em: 13 out. 2018.



Dentre os critérios que nortearam os trabalhos da comissão legislativa que tratou das propostas de alteração do Código de Processo Civil, estava o de dar maior celeridade e concretude aos jurisdicionados, à luz do princípio constitucional da duração razoável do processo, diante do elevado número de ações que são ajuizadas hodiernamente, o que foi denominado pelo ministro Luiz Felipe Salomão como a judicialização da vida.

A alteração do texto legal que excluiu a palavra absolutamente do artigo que trata dos bens impenhoráveis possibilita a aplicação de forma satisfatória do comando contido no artigo 833 do CPC, para garantir o pagamento de dívidas de qualquer natureza, o que se mostra mais adequado e eficaz que a expedição da carta de crédito que viabiliza o protesto do título executivo judicial.

O artigo 4º do Código de Processo Civil garante o direito fundamental dos litigantes de obter a solução integral do litígio em prazo razoável, incluída a atividade satisfativa. Trata-se da positivação do princípio processual da efetividade, que decorre da assertiva de que os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos, em contraposição do velho brocado popular do “ganhou, mas não levou”.

A penhora dos rendimentos de modo a não violar princípios constitucionais e processuais aplicáveis, garantidores dos direitos do devedor viabiliza a efetividade concreta da justiça. Se por um lado devem ser observadas as garantias constitucionais do devedor, como a dignidade da pessoa humana, direitos sociais como a percepção do salário e a proteção a família. E no âmbito processual, o princípio que orienta no sentido de que a execução deve prosseguir da maneira menos gravosa ao devedor, por outro, estão os princípios protetivos do credor, tais como o da segurança jurídica e o da efetividade da justiça, que encontram a sua expressão maior no recebimento do seu crédito.

A penhora parcial do salário é constitucional e legalmente possível para a satisfação do crédito de qualquer natureza, não apenas aqueles de essência alimentar, considerando a alteração do artigo que trata dos bens impenhoráveis.

A atual jurisprudência reconhece a possibilidade da medida, desde que sejam observados os limites constitucionais afetos aos princípios da dignidade da pessoa humana, do contraditório e da ampla defesa, bem como os processuais, como da proporcionalidade, da execução menos gravosa ao devedor, mormente no que diz respeito a fixação do percentual da penhora que irá incidir sobre o salário, para que o devedor possa manter sua própria subsistência e ao mesmo tempo conferir a efetividade da justiça por intermédio da satisfação plena do direito do credor.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Nancy. *A execução de dívida não alimentar*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1658069&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

_____. *Dos princípios fundamentais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 02 set. 2018.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869imprensa.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. *Lei nº 9.492 de 10 de Setembro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm>. Acesso em 02. Set 2018.

_____. *Lei 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: 15 out. 2018.

_____. *Ato Executivo Conjunto nº 7, de 25 de março de 2014*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=177892&integra=1>. Acesso em: 19 nov. 2018.

_____. *Honorários advocatícios podem ser penhorados em valores excedentes a 50 salários mínimos*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao/Noticias/Noticias/Honorarios-advocaticios-podem-ser-penhorados-em-valores-excedentes-a-50-salarios-mimos>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 765.106/RJ. Relatora Ministra Diva Malerbi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54971559&num_registro=201502096665&data=20151203&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 19 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1.473.848/MS. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1445259&num_registro=201102902594&data=20150925&formato=PDF>. Acesso em: 19 nov. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 7ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FARIAS, João Guilherme A. *A relativização da impenhorabilidade no artigo 833 do CPC*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-01/joao-farias-relativizacao-impenhorabilidade-artigo-833-cpc>>. Acesso em 01 out. 2018.



FUX, Luiz. *Novo Código de Processo Civil Temático*. São Paulo: Mackenzie, 2015.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Palestra de encerramento do seminário “Temas Atuais de Direito Processual”* realizado na EMERJ no dia 13 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/inscricoes-abertas-para-o-seminario-temas-atuais-de-direito-processual-civil/>>. Acesso em 02 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. STJ erra ao permitir penhora de salário contra expressa vedação legal!. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/senso-incomum-stj-erra-permitir-penhora-salario-expressa-vedacao-legal>>. Acesso em 19 nov. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TIBÚRCIO, Flávio Correia. *A penhora de remuneração, interpretação constitucional do artigo 833 do CPC e efetividade da jurisdição*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI256978,41046-Penhora+de+remuneracao+interpretacao+constitucional+do+art+833+do+CPC>>. Acesso em: 15 out. 2018.

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS À AUTONOMA DA VONTADE COMO NORMA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Roberta Pereira Malvaccini

Graduada pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior. Advogada.

Resumo – O Código de Processo Civil de 2015 positivou a cláusula geral de convenção processual, mas deixou dúvidas quanto às suas limitações. O presente trabalho aponta limites impostos a esses acordos de conteúdo processual, diferenciando-os dos seus pressupostos de existência, validade e eficácia. Analisa de forma crítica o direito à autonomia da vontade das partes, compatibilizando-o com o fim perseguido pela Justiça. Enumeram-se algumas das possibilidades de afastamento, revisão e imposição dos acordos sobre matéria processual, celebrados antes, durante ou após o início da demanda jurisdicional.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Convenções processuais. Negócios Jurídicos Processuais. Limitações. Autonomia da Vontade. Revogação. Teoria da Imprevisão. Busca da Verdade. Modificação incidental de competência.

Sumário – Introdução. 1. Revogabilidade das convenções processuais: legitimidade e cabimento. 2. Limitação da instrução probatória por convenção processual: seu efeito sobre o magistrado. 3. Afastamento negocial da *perpetuatio jurisdictionis*: limites e requisitos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda as limitações impostas à autonomia da vontade como fonte de norma processual civil. Trata do negócio jurídico processual, um instituto recentemente positivado na legislação pátria, cujos limites não foram claramente definidos. Como um marco no Processo Civil brasileiro, as formas que pode ser materializado devem contribuir para otimização da prestação jurisdicional, sendo a delimitação do poder das partes de interferir no trâmite regular do processo um facilitador da percepção de justiça e a aceitação do resultado final da ação.

Objetiva-se definir os limites das convenções realizadas entre as partes sobre normas de caráter processual, diante da constatação de lacuna legislativa a respeito. Pretende-se apresentar moduladores às hipóteses de negócios jurídicos processuais.

Para tanto foi afastado o enfoque publicístico que sempre foi dado ao direito processual civil, com a figura do juiz como guardião dos fins sociais e do interesse público a ser atingido pelo processo. Valoriza-se a tutela do interesse das partes, destinatárias imediata



da prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito contemporâneo, apesar de reconhecer-se a paz social e a manutenção da ordem pública como fins mediatos do processo.

Com base na autonomia da vontade no direito privado, em consequência de uma visão liberal do processo, discute-se a maior ou menor amplitude do direito das partes de influir diretamente na composição e desenvolvimento do processo. É questionada a possibilidade de dispor-se de normas processuais e atos decisórios, capazes de tornar o processo singular, adequado à relação jurídica específica nele contida.

O primeiro capítulo pesquisa a possibilidade de revogação dos negócios processuais perante o princípio da força vinculante dos contratos. Inicialmente são abordados os requisitos de existência e validade das convenções processuais, tendo em vista que apenas é justificável a eventual revogação de contratos aptos a produzir efeitos. A titularidade dos acordos também é analisada por interferir diretamente no poder de revogação. O capítulo traz ainda a teoria da imprevisão para o plano processual. , Procura-se demonstrar as hipóteses em que é possível a revogação das convenções processuais após a homologação judicial.

Em seguida, os negócios processuais são abordados no âmbito da instrução probatória. Visa-se defender a impossibilidade de acordos processuais entre as partes que prejudique a justiça da decisão. Há uma reflexão sobre a vedação de uma verificação dos fatos relevantes para decisão de mérito em razão da busca da verdade. Pondera-se a limitação de produção de provas realizada pelas partes com assistência de seus advogados em prol da duração razoável do processo, tendo em vista que a efetividade da Justiça atinge a sociedade como um todo e por isso não pode ser manipulada pelos sujeitos da ação judicial.

No terceiro capítulo procura-se demonstrar que o princípio do juiz natural não representa óbice para o afastamento da *perpetuatio jurisdictionis* pelo negócio jurídico processual bilateral. Pretende-se portanto, viabilizar a modificação da competência territorial, portanto relativa, por meio de convenção que propõe a eleição do foro de forma incidental.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que foram elencadas proposições hipotéticas, as quais acredita-se serem viáveis e adequadas para analisar as limitações das convenções jurídicas processuais, com o fito de comprová-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, porquanto pretende valer-se da bibliografia pertinente à temática em foco para a sustentação dos limites dos negócios jurídicos processuais.

1. REVOGABILIDADE DA CONVENÇÃO PROCESSUAL: LEGITIMIDADE E CABIMENTO

Assim como todos os demais negócios jurídicos, as convenções processuais devem ser respeitadas pelas partes, pelo juiz e por terceiros. Embora sua celebração seja facultativa e baseada na autonomia da vontade das partes, sua observância em regra é obrigatória. Deve ser impositiva para que essa espécie de contrato possua eficácia e não seja tratada como letra morta de lei.

Conforme antigo brocardo do direito privado, o contrato é lei entre as partes, em razão da adoção pelo ordenamento jurídico do princípio da força vinculante dos contratos. Desse modo, uma vez garantida a ordem pública, que contém os requisitos de existência e validade dos negócios jurídicos, as convenções a respeito do processo no qual será discutido o direito material das partes devem ser observadas para que haja segurança nas relações jurídicas.

O princípio da força vinculante do contrato, também conhecido como *pacta sunt servanda*, ou ainda como princípio da obrigatoriedade das convenções, não está expressamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro, mas é considerado um princípio geral do direito, sendo muito utilizado pela jurisprudência. Ele determina que as partes devem permanecer ligadas pelo vínculo de vontade que as uniu e impõe a observância pelos contratantes das obrigações por eles livremente pactuadas.

Todavia, o referido princípio só se aplica sobre contratos válidos. Logo, para que suas cláusulas sejam observadas, as partes devem garantir na confecção do contrato os requisitos de validade e eficácia deste.

As convenções processuais guardam os mesmos pressupostos mínimos das convenções de direito material, quais sejam, capacidade das partes; forma prevista e não defesa em lei; licitude, possibilidade jurídica e determinação do objeto do acordo; e boa-fé, previstos nos artigos 104 e 166 do Código Civil¹. Por certo contudo que somados a esses devem ser respeitados aqueles intrínsecos aos negócios jurídicos processuais. Portanto, deve-se verificar a legitimidade *ad actum*, a capacidade de estar em juízo, a capacidade postulatória, a possibilidade ou não de autocomposição e a igualdade entre as partes. Seria

¹BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 nov. 2018.



possível ainda citar outras condições listadas pela doutrina especificamente quanto aos requisitos dos negócios jurídicos processuais, mas por não se tratar do objeto principal deste trabalho, não serão aqui elencadas.

A legitimidade *ad actum* está ligada à titularidade da situação processual, pois as partes não podem deliberar sobre situações jurídicas que estejam fora de sua esfera de autonomia. Segundo Antônio do Passo Cabral² não é possível a realização de negócio jurídico processual sobre os seguintes pontos:

Por exemplo, não cabe negócio jurídico para afastar a intervenção do MP na condição de fiscal da ordem jurídica porque se trata de uma atuação do Ministério Público que independe da anuência das partes, e que se justifica na especial proteção que o legislador confere a certos bens e direitos, cuja postulação em juízo atrai a participação do MP.

Não é possível tampouco deliberar, por convenção, que um determinado processo correrá em segredo de justiça. A publicidade é estabelecida em favor de toda comunidade, e portanto fora do espaço de disposição permitido às partes.

As partes não poderiam impedir a utilização de meios de coerção para cumprimento da decisão judicial, como por exemplo as astreintes, tendo em vista se tratar de uma prerrogativa do Estado-juiz que visa dar credibilidade ao Poder Judiciário, mediante a efetividade das decisões jurisdicionais. Não é possível ainda dispor sobre a língua a ser usada no processo, pois não cabe exclusivamente às partes se manifestar em juízo e porque a obrigatoriedade da língua portuguesa trazida pelo art. 192 do CPC³ visa sobretudo o amplo controle dos atos processuais.

Na hipótese de o negócio ser celebrado dentro do processo judicial (e não anteriormente à sua instauração) a capacidade das partes deve abranger tanto o direito material quanto o direito processual. Como disposto nos artigos 1 a 5 do Código Civil⁴, o direito material rege a capacidade de realizar qualquer negócio jurídico. Mas, além desta, as partes devem ter capacidade processual, ou seja, capacidade de estar em juízo e postulatória, que consiste na possibilidade do exercício autônomo (sem representação ou assistência) das ações processuais e na aptidão de dirigir-se diretamente ao Estado-juiz, que, em regra, é privativa dos auxiliares da Justiça, como advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

²CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 270.

³BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 22 nov. 2018.

⁴BRASIL. op. cit. nota 1.



Verificada a capacidade plena das partes, como exigido expressamente no artigo 190 do CPC⁵, bem como a titularidade das situações processuais, como acima explicitado, deve-se analisar a igualdade entre as partes e se a situação jurídica admite autocomposição.

O artigo 190 do CPC determina que, para que seja lícita a convenção processual, o direito deve admitir autocomposição. Contudo, na doutrina brasileira bem como no direito comparado não há uniformização quanto à definição daquilo que pode ou não ser objeto desse acordo. O critério utilizado muitas vezes é negativo, como por exemplo a irrenunciabilidade ou indisponibilidade do direito.

Importante distinguir entretanto que a indisponibilidade deve se referir ao direito processual e não ao direito material objeto da demanda. Assim como a disponibilidade do direito material não gera a disponibilidade sobre o processo, o contrário também é verdadeiro, ou seja, o fato de ser o direito material indisponível não impede que haja acordos sobre o processo que visa tutelá-lo.

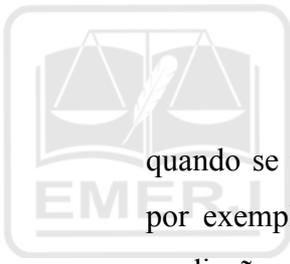
É muito comum, por exemplo, que ainda que não se abdique do direito subjetivo de que trata a ação, sejam realizados acordos sobre o foro, a suspensão do processo e a redistribuição do ônus da prova. Todavia os atos de disposição processual não podem atingir o direito material indisponível de forma a implicar numa renúncia por via transversa. Portanto, a relação de dependência entre o direito material e a norma processual pode determinar a inadmissibilidade de determinado acordo processual.

Associar a indisponibilidade de um direito ao interesse público seria também equivocado, uma vez que já se admite a arbitragem envolvendo a Fazenda Pública, de forma a relativizar essa indisponibilidade e sobretudo porque o interesse público é um conceito jurídico indeterminado, uma cláusula vaga, que por essa razão não pode servir como critério de validade dos acordos processuais.

Assim, não há um parâmetro único para definir a licitude do objeto do negócio jurídico processual, mas existem alguns institutos que, à luz dos princípios constitucionais que regem o processo, devem balizar sua validade, como a boa-fé, a cooperação, a igualdade entre as partes e a proporcionalidade.

Desse modo, verificada a validade da convenção processual, ela deve ser aplicada no processo de ofício pelo juiz e possibilita o requerimento pelas partes do respeito à obrigação assumida e do afastamento do procedimento legalmente previsto. Importante salientar que as obrigações de cunho processual só podem ser exigidas após a instauração do processo, exceto

⁵BRASIL. op. cit. Nota 3.



quando se tratar de cláusulas que desloquem a solução do litígio do Poder Judiciário, como por exemplo a cláusula compromissória (que estabelece a arbitragem) ou a convenção de mediação prévia.

Em suma, o juiz deve fazer valer o negócio processual e isso pode ocorrer com a inadmissão de recursos, quando houve renúncia mútua; com o acolhimento de preliminar de incompetência a fim de respeitar o foro contratualmente eleito; com a nomeação de perito eleito pelas partes; com a nomeação à penhora de bem eleito no pacto, dentre outros meios. São inúmeras as hipóteses de convenções em matéria processual, de modo que seria inviável elencar todos os acordos possíveis.

Muito embora tenham aplicação imediata e sejam em regra irrevogáveis, os negócios processuais podem excepcionalmente admitir revogação, seja pela possibilidade de rescisão unilateral prevista no contrato ou pelo distrato. Há ainda a possibilidade de requerimento durante o processo por uma das partes de procedimento diverso do convencionado e de concordância tácita ou expressa da parte adversa, como forma de revogação. Almeida⁶ afirma que “a autonomia da vontade funciona para formação e para a extinção do vínculo”.

As convenções processuais por óbvio apenas podem ser revogadas por aqueles que a firmaram, o que exclui a possibilidade de revogação judicial. Muito embora o juiz tenha o poder de homologar ou não os pactos que visam modificar o procedimento judicial, ele não é parte do acordo. O juiz pode anular ou declarar nulo os negócios jurídicos processuais celebrados pelas partes, bem como recusar-lhes aplicação quando forem inseridos abusivamente em contrato de adesão ou uma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, conforme norma contida no parágrafo único do art. 190 do CPC⁷, mas uma vez que os homologar não pode simplesmente revogá-los.

Conforme extraído do art. 200 do CPC⁸, a convenção processual nem mesmo depende de autorização judicial e pode ser imediatamente aplicada, exceto na hipótese de desistência da ação, que exige homologação judicial, de acordo com o parágrafo único do artigo supracitado. O magistrado deve portanto apenas controlar a validade do acordo ou afastar sua aplicação, em consonância com os critérios acima expostos. Segundo Muller, “a

⁶ ALMEIDA, Diogo Assunção Rezende de Almeida. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 189.

⁷ BRASIL. op. cit. Nota 3.

⁸ Ibid.



própria imparcialidade ou neutralidade que se espera do magistrado dificulta sua atuação e manifestação de vontade como agente em negócio processual.”⁹

Por fim, a derradeira hipótese de afastamento das obrigações e condições impostas no acordo em matéria processual realizado pelas partes é a aplicação da teoria da imprevisão. Essa teoria pode ser definida como a possibilidade de revisão forçada do contrato, provocada por eventos imprevisíveis e extraordinários. Trata-se de norma prevista no art. 478 do Código Civil¹⁰ e de uma espécie de cláusula implícita em todos os contratos, que visa impedir a onerosidade excessiva para um dos contratantes.

As convenções privadas que dispõem sobre o direito processual das partes podem ser realizadas em quatro situações distintas. A primeira se dá antes da existência de litígio entre as partes, normalmente junto com o contrato que estabelece obrigações de cunho material, na chamada cláusula de diferendo ou, até mesmo, em contrato específico para este fim. A segunda hipótese é da celebração do pacto processual após o surgimento do conflito entre as partes, mas antes de instaurado o processo judicial que visa dirimi-lo. A convenção processual pode por fim ser realizada no bojo do processo, com eficácia imediata ou diferida no tempo. O momento da celebração do negócio processual está diretamente relacionado com a aplicação da teoria da imprevisão.

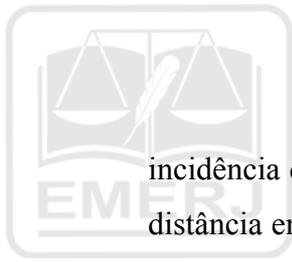
Se o pacto foi firmado quando não era possível saber se haveria litígio entre as partes e qual seria seu eventual objeto, pode-se afirmar que havia um fator eventual. Contudo, a eventualidade do conflito não significa sua imprevisibilidade, pois é exatamente por preverem a possibilidade de sua existência é que estipularam cláusulas para reger o processo no qual seria discutido. Portanto, a eventualidade não pode ser usada como parâmetro para aplicação ou não da teoria.

Apenas se houver modificação das condições existentes no momento da contratação, que gere uma circunstância imprevisível e extraordinária é que as cláusulas contratuais podem ser afastadas. Desse modo, se ficou por exemplo pactuado a assunção das despesas com a prova pericial por uma das partes e essa parte foi posteriormente declarada falida e não mais apresenta liberdade de dispor de seu patrimônio, a cláusula pode ser afastada.

Nas convenções processuais firmadas durante o processo e com aplicabilidade imediata é incompatível o uso da teoria, tendo em vista a previsibilidade absoluta dos fatos. Naquelas em que a aplicação dos negócios celebrados é diferida no tempo a possibilidade de

⁹ MULLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 167.

¹⁰ BRASIL. op. cit. Nota 1.



incidência da teoria é proporcional ao tempo relativo à formação do contrato. Quanto maior a distância entre a formação e aplicação das regras contratuais, maior a chance de incidência da teoria.

A teoria da imprevisão está relacionada não apenas ao tempo mas também ao grau de conhecimento das partes contratantes. Quanto menor o grau de informação no momento da celebração do negócio jurídico processual, maior a possibilidade de lançar mão da teoria como fundamento de revogação das obrigações lá pactuadas. Essa gradação também passa pelos acordos prévios (firmados antes ou após o nascimento do conflito) e por aqueles celebrados no decorrer do processo (com eficácia imediata ou diferida no tempo).

2. LIMITAÇÃO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA POR CONVENÇÃO PROCESSUAL: SEU EFEITO SOBRE O MAGISTRADO

Uma vez analisada a validade, a aplicação e as possibilidades de revogação da convenção processual pelas partes, passamos a análise da sua relação com o magistrado. Superado o entendimento de não ser o magistrado parte no negócio jurídico processual, deve-se verificar se é possível que sua aplicação seja por ele afastada.

Como meio de pacificação social o processo judicial busca a verdade, ainda que seja tão somente aquela a ele possível: a verdade aproximada. Muito embora não se confunda com a absoluta, ela não deixa de ser verdade. Contudo, essa busca se depara com limites legais de ordem pública, que visam assegurar o devido processo legal, como por exemplo a limitação do número de testemunhas.¹¹

No contexto do processo isso implica que se admita a possibilidade de conseguir uma verificação verdadeira dos fatos relevantes pela decisão, através do emprego de adequados instrumentos probatórios. Em particular isso comporta que se refute a também difundida opinião para a qual no processo se descobriria somente uma verdade “formal” (ou uma mera “fixação formal” dos fatos), e de reconhecer ao invés que – caso se dispusesse de um sistema probatório eficiente – se poderia verificar a verdade real (“histórica”, “empírica”, “material”) dos fatos que estão na base da controvérsia.

Além da busca pela verdade, o processo de forma imediata visa a solução do conflito entre as partes e a essas interessa que ele seja desenvolvido de forma célere. Neste diapasão, além do respeito às normas processuais de ordem pública, o processo deve observar as

¹¹ TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? *Revista Eletrônica de Direito Processual*. V. 18, n. 2. Rio de Janeiro: Mar/Ago 2017. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>, p.6.



eventuais normas privadas criadas por negócios jurídicos processuais, em conformidade com a cláusula geral de convenção processual trazida pelo artigo 190 do CPC¹².

Na busca pela celeridade processual as partes podem realizar acordos que limitam a atividade probatória. Esses acordos podem ser firmados, como explicado anteriormente, em momento anterior ao litígio ou após sua formação.

Portanto, as partes podem por exemplo limitar o número de testemunhas que serão ouvidas em juízo ou especificar quais serão as testemunhas ouvidas. Podem ainda determinar que não sejam produzidas provas orais. Seria também cabível especificar quais os documentos irão ou não instruir o processo e definir que não haverá perícia. Muitas são as possibilidades de limitação da instrução probatória por normas privadas e essa limitação pode incidir sobre os meios ou sobre as fontes de prova.

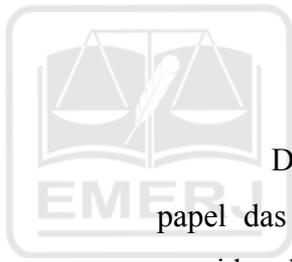
Eventualmente essa limitação imposta pelas convenções processuais podem prejudicar a formação da convicção do julgador. Há então dúvida sobre existir a possibilidade dele não se submeter aos acordos processuais realizados pelas partes e por ele homologados, se entender que não há elementos suficientes nos autos para embasar o julgamento da lide.

De um lado, há no Direito Processual Civil contemporâneo a preocupação com a vontade das partes, por serem elas que sofrerão diretamente os reflexos da decisão judicial. Há de outro lado, uma preocupação com a credibilidade das decisões judiciais em geral, pois é um fator que pode alterar a confiança da sociedade no Poder Judiciário e, portanto, gerar instabilidade social.

Assim, o julgador deve evitar ao máximo se imiscuir na atividade probatória e só agir de forma a complementar a instrução realizada pelas partes caso seja inevitável para a construção de uma decisão justa, cunhada na verdade processual. O magistrado não pode ser compelido a julgar sem que esteja convencido de qual posicionamento deve adotar. Afinal, vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio do livre convencimento motivado, que determina que ainda que haja liberdade no sopesamento das provas, o julgador deve estar convencido de sua decisão para que possa expor os motivos de forma coerente.

A liberdade das partes não pode se sobrepor à liberdade do magistrado de formar sua convicção e de buscar a verdade, sem a qual o processo não teria qualquer prestígio, tendo em vista ser esta um pressuposto do processo justo. Assim, o juiz deve de forma subsidiária a atividade probatória das partes determinar a produção de provas para apurar a verdade dos fatos, sem que isso comprometa sua imparcialidade e a isenção do julgamento.

¹² BRASIL. op. cit. Nota 3.



Deve o julgador portanto ser “proativo na busca pela verdade, sem porém invadir o papel das partes”¹³, exercendo um ativismo probatório equilibrado. Afinal, uma decisão considerada justa pela sociedade traz segurança jurídica e paz social. A forma com que as partes exercem o direito de ação não pode limitar o papel da Justiça, que transcende a solução do conflito no caso concreto.

A limitação de produção probatória estabelecida em convenção processual gera efeito exclusivamente às contratantes. O magistrado não é parte no negócio processual e tem o poder-dever apenas de homologa-lo, caso preenchidos seus requisitos positivos e negativos de validade, citados no capítulo anterior.

O julgador só tem condição de analisar a prescindibilidade de determinado meio ou fonte de prova no decorrer do processo e quando entende necessária a produção de determinada prova não sabe qual será o resultado por ela produzido, se favorável à parte autora ou à parte ré. Logo, se não há consenso sobre determinado fato, não podem as partes impor limitação ao poder instrutório do juiz.

Vale esclarecer que a limitação da produção processual não se confunde com a confissão ou acordo relativo a determinado fato. As partes podem dispensar determinada prova por entenderem incontroverso o fato que ela visa provar. Nesse caso não há razão para a produção de prova, tampouco de ofício.

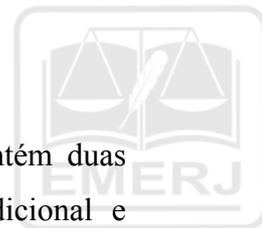
3. AFASTAMENTO NEGOCIAL DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*: LIMITES E REQUISITOS

Em regra, no ordenamento jurídico pátrio, a competência do juízo é determinada no momento em que a ação é inaugurada e se mantém até o final do processo, vejamos:

A Lei 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil brasileiro – manteve a regra de estabilização da competência (*perpetuatio jurisdictionis*), segundo a qual a competência do juízo é firmada no momento do registro da petição inicial ou da distribuição, de modo que circunstâncias supervenientes, sejam de natureza fática, sejam de natureza jurídica, não terão o poder de retirar, daquele determinado juízo, o poder de julgar a causa.¹⁴

¹³ LANES, Júlio César Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 164.

¹⁴ MIRANDA, Daniel Gomes de. *Negócios Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p.465.



Importante salientar, que essa regra, extraída do art. 43 do CPC¹⁵, contém duas exceções trazidas pelo próprio artigo, quais sejam, supressão do órgão jurisdicional e modificação da competência absoluta do órgão. Portanto, o texto legal prevê apenas duas hipóteses em que é possível a modificação da competência depois de iniciado o processo, ligadas ao órgão julgador ou ao objeto da ação, e não, às partes.

Há, contudo, uma terceira exceção à regra da estabilização da competência, trazida pelo parágrafo único do art. 516 do CPC¹⁶, segundo o qual terminada a fase de conhecimento da ação, o credor tem a faculdade de requerer o cumprimento da decisão em juízo diverso. Tal possibilidade se dá quando em outro local a obrigação deve ser cumprida ou se encontrem os bens sujeitos à execução. Pode por fim ocorrer quando o devedor houver modificado seu domicílio no curso da ação.

Trata-se de modificação incidental da competência em razão de tratar a execução de nova fase processual, e não, de nova demanda. Seria então um negócio jurídico processual típico, mas unilateral, posto que prescinde da concordância da parte que figura no polo passivo.

Todavia, o CPC é silente quanto à modificação da competência territorial durante a fase de conhecimento do processo. Seria possível criar exceção à *perpetuatio jurisdictionis* por negócio jurídico processual?

O *caput* do art. 63 da CPC¹⁷ disciplina a cláusula contratual de eleição do foro, mas não especifica em que momento ela pode ser firmada. Tradicionalmente no direito brasileiro as partes apenas interferem na competência territorial por meio de cláusula estabelecida em acordos pré-processuais. Isso porque antes de 2015 não havia no ordenamento jurídico pátrio a previsão de negócios jurídicos a respeito de direito processual de forma ampla e concomitante ao processo, como permitido pelo art. 190 do CPC¹⁸.

A regra de estabilização da competência visa conferir segurança quanto ao desenvolvimento célere da ação, evitando um processo itinerante, que acompanhasse a modificação do domicílio partes. Contudo, eventualmente a modificação da competência pode beneficiar as partes.

A escolha do juízo pelas partes durante o processo já é possível unilateralmente quando há conexão com outra ação. Nesse caso, o autor pode requerer distribuição por

¹⁵BRASIL. op. cit. Nota 3.

¹⁶Ibid.

¹⁷Ibid.

¹⁸Ibid.



dependência e o réu pode arguir na contestação a reunião das ações (art. 337, VIII, CPC¹⁹). Nesse caso a modificação da competência territorial ocorre logo no início da demanda.

Desse modo, se a parte pode afastar a regra da estabilização da competência por negócio jurídico unilateral – seja no início da fase executória, pelo exequente, ou no início da ação de conhecimento, por alegação de conexão pelo réu – muito mais indicada é a permissão de modificação da competência territorial por negócio jurídico bilateral, consubstanciado na cláusula geral de convenção processual trazida pelo art. 190 do CPC.

Tal assertiva entretanto pode levar a crer que haja violação do princípio do juiz natural. Esse princípio, amplamente analisado pela doutrina, em suma, determina que o juiz não pode ser escolhido pelas partes e sim, pré-constituído pelas normas de organização judiciária e de competência.

Conduto, o princípio não será violado por convenção processual de eleição do foro firmada no curso do processo, tendo em vista que o objeto desta será simplesmente o foro onde a ação deverá continuar a ter andamento e não, o juízo, que por sua vez possui competência material e absoluta.

Uma vez modificado o foro por meio de negócio processual incidental, o processo será remetido para regular distribuição na nova comarca ou seção judiciária, caso celebrado na Justiça Estadual ou Federal. Por óbvio que nas comarcas onde houver apenas uma vara única a distribuição será dispensada e haverá apenas o registro, mas isso não tem o condão, por si só, de caracterizar escolha do juízo, pois as partes não podem ser prejudicadas pelo tamanho da estrutura do Poder Judiciário em determinada localidade.

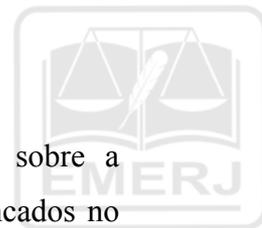
Se é possível retirar a causa da jurisdição estatal a qualquer momento para remete-la à juízo arbitral (art. 3º do CPC²⁰), não seria razoável vedar a modificação do órgão julgador dentro do Poder Judiciário. Outra não pode ser a conclusão diante da exclusão da norma prevista no *caput* do art. 132 do extinto CPC de 1973²¹, princípio da identidade física do juiz.

Contudo, cumpre observar que essa possibilidade é limitada pela decisão de primeira instância, seja ela interlocutória ou sentença. Isso porque eventual modificação do juízo interferiria na competência funcional do Tribunal em relação aos juízos a ele vinculados. Não se pode pretender que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, reveja decisão proferida pelo juiz da comarca de Cabo Frio, no Rio de Janeiro.

¹⁹Ibid.

²⁰Ibid.

²¹Ibid.



Além disso, é preciso que o negócio jurídico processual que versar sobre a modificação incidental da competência, além de preencher todos os requisitos elencados no primeiro capítulo deste trabalho, seja bilateral para que não fira a regra da *perpetuatio jurisdictionis* e não tenha relação de conexão com outra sobre a qual tenha ocorrido a prevenção. Precisa, por fim, ser escrito, em observância da expressa previsão contida no parágrafo primeiro do art. 63 do CPC²², que discorre que “a eleição do foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico”.

Tal pacto é negócio jurídico que consagra o princípio da eficiência processual, expressamente previsto no artigo 8º do CPC/15²³, uma vez que todos os atos processuais até então praticados serão aproveitados pelo juízo do foro de destino.

CONCLUSÃO

Como foco principal esta pesquisa enfrentou a falta de critérios objetivos e específicos à limitação do direito das partes de celebrar negócios jurídicos processuais atípicos, tendo em vista a recente positivação do instituto no Código de Processo Civil. Há um confronto entre a autonomia da vontade das partes e o poder de gestão do processo pelo magistrado.

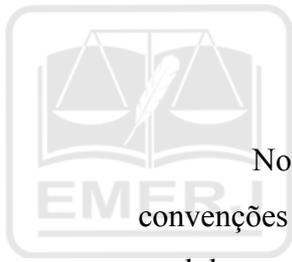
As partes tem interesse em definir suas próprias normas processuais, por entenderem que se adequam melhor ao caso em concreto, gerando economia e celeridade. O magistrado, por outro lado, não pretende ver limitado seu poder de formar seu conhecimento, com a instrução probatória diminuída pelas partes.

Ademais, a todos interessa a manutenção da segurança jurídica gerada pelas normas de ordem pública e que deve ser mantida nas normas criadas pelas partes para aplicação em uma demanda específica.

Percebeu-se que por uma questão cultural poucos ainda são os negócios processuais firmados pelas partes durante o processo e até mesmo fora dele, em momento anterior à demanda. Contudo, esta pesquisadora acredita que quanto maior for a disseminação das normas desse instituto pela doutrina e pela positivação de mais normas regulamentadoras, maior será sua aplicação no cotidiano dos aplicadores do direito.

²²Ibid.

²³Ibid.



No primeiro capítulo pretendeu-se compreender a formação, validade e eficácia da convenções processuais, analisando seus requisitos. Os pressupostos do acordo processual englobam aqueles inerentes a todo e qualquer negócio jurídico, bem como os exclusivos do direito processual.

Concluiu-se que as convenções processuais, uma vez válidas e homologadas pelo Poder Judiciário devem ser respeitadas pelo julgador da causa - ainda que o desagrede e também pelas partes - ainda que não tenha uma delas interesse na manutenção desse acordo. Isso porque a Justiça deve primar pela segurança jurídica.

Se as convenções forem livremente revogadas de forma unilateral por uma das partes ou ainda desconsideradas pelos magistrados o instituto não passará de letra morta de lei. Contudo, assim como nos negócios jurídicos de cunho material, após a celebração da convenção processual pode surgir situação nova e imprevisível que torne o acordo excessivamente oneroso ou prejudicial a uma das partes. Neste caso, deve ser aplicada a teoria da imprevisão.

O segundo capítulo tratou da possibilidade de limitação da produção de provas pelas partes e a submissão do magistrado a esse acordo. Discute-se o direito da busca pela verdade e a formação do livre convencimento motivado do julgador.

Observou-se que o julgamento realizado num processo cuja instrução processual foi limitada pelas partes de forma a comprometer o convencimento do julgador pode gerar desprestígio das decisões judiciais e comprometer a credibilidade da Justiça. Além disso, como o juiz não é parte no negócio firmado pelas partes não está a ele adstrito.

Portando, se faltarem elementos necessários à formação do convencimento do julgador ele deve determinar a produção de provas necessárias a elucidação dos fatos. Tal conduta não pode ser considerada uma quebra da imparcialidade, uma vez que não é possível prever quais circunstâncias serão evidenciadas.

No terceiro capítulo observou-se que a modificação incidental do foro processual não fere o princípio do juiz natural e deve ser admitida em razão da interpretação teleológica e sistemática do CPC de 2015, que visa respeitar o autorregramento de vontade das partes naquilo que não for contrário à boa-fé processual.

Quer se reconhecer que as convenções processuais são instrumentos válidos e devem ter sua aplicação cada vez mais ampliada, mas é necessário estabelecer limites, preferencialmente em uma lei regulamentadora específica, de forma que não subvertam a



ordem jurídica, causando insegurança nas partes, limitações às funções jurisdicionais e descrédito da Justiça. Esses limites garantir a aplicação do instituto da convenção processual, contribuindo para a comunidade científica e para os operadores do direito em geral.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 de nov. 2018.

ALMEIDA, Diogo Assunção Rezende de Almeida. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. 2. ed. rev., atual. e ampl.. Salvador: JusPodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

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*. 11 ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Rio de Janeiro, 2002. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro: Out/Dez de 2007, p. 18. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/574/showToc>>. Acesso em: 18 set. 2017.

LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo, RT: 2015.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? *Revista Eletrônica de Direito Processual*. V. 18, n. 2. Rio de Janeiro: Mar/Ago 2017. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>. Acesso em: 18 set. 2018.

A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Rodrigo Bastos Garrido

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogado.

Resumo – a arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública consiste em instituto de grande repercussão social. Cada vez mais observa-se o forte potencial de transformação do ordenamento jurídico pelas demandas coletivas, em especial, a partir dos efeitos produzidos pela coisa julgada coletiva. O escopo do presente trabalho é analisar as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais da admissibilidade do presente instrumento, verificar as alterações dos limites objetivos da coisa julgada pelo Código de Processo Civil de 2015 e abordar quais seriam seus reflexos tanto no plano político-social, como no plano processual.

Palavras-chave - Direito Processual Civil. Direito Constitucional. Tutela Coletiva. Ação Civil Pública. Arguição de Inconstitucionalidade. Coisa Julgada. Questões Prejudiciais ao mérito.

Sumário - Introdução. 1. O cabimento da arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública. 2. A aplicabilidade da coisa julgada sobre questões prejudiciais ao mérito na arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública. 3. Os reflexos da admissibilidade da arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico visa analisar a arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública; na medida em que o tema possui grande repercussão prática e envolve poderosíssimos instrumentos de transformação econômica e social, quais sejam o controle de constitucionalidade e as ações coletivas.

Para tanto, pretende-se por meio de uma metodologia de pesquisa jurídica do tipo bibliográfica, exploratória, explicativa e qualitativa, examinar as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria.

Atualmente, por conta de seu papel fundamental na garantia do acesso à justiça, a ação civil pública consiste em um dos mais importantes instrumentos processuais de nosso ordenamento jurídico.

Ademais, o regime da coisa julgada, em conjunto com o critério de fixação de competência e a legitimidade ativa *ad causam*, evidencia, na ação civil pública, seu elevado alcance social e jurídico.



Ocorre que, por conta de tais particulares aspectos do microsistema de tutela coletiva, muito se diverge na doutrina e jurisprudência acerca da compatibilidade de tal instrumento processual com a arguição de inconstitucionalidade, com base no fundamento de que caracterizaria uma confusão com a ação direta de inconstitucionalidade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com o exame do cabimento, por via de ação civil pública, da arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal.

Em seguida, entendendo pela admissibilidade da alegação incidental de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública, analisa-se a aplicabilidade, ao presente instituto, da possibilidade da inserção, aos limites objetivos da coisa julgada, das questões prejudiciais ao mérito, trazidas pelo Código de Processo Civil/15.

No terceiro capítulo, busca-se estudar as consequências práticas e os reflexos do cabimento da arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública ao ordenamento jurídico pátrio, considerando os legitimados ativos *ad causam*, a competência para o julgamento e a eficácia da coisa julgada coletiva.

1. O CABIMENTO DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública, remédio constitucional¹ previsto no art. 129, III, da CRFB/88², e disciplinado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, sob o procedimento ordinário, destina-se à tutela judicial de interesses difusos e coletivos, como, também, de interesses individuais homogêneos revestidos de suficiente abrangência ou expressão social.

A sentença proferida na presente ação, ajuizada por meio dos legitimados *ad causam*, relacionados em rol taxativo do art. 5º da Lei nº 7.347/85³, e de competência fixada, em geral, no local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, por conferir ao juízo maior facilidade de coletar

¹ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.741. e SLABI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.445 e 483.

² BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

³ 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: 01 out. 2018.

Art. 5º. Tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I – o Ministério Público; II- a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.



os elementos probatórios necessários ao julgamento da demanda⁴, inserida no microsistema de tutela coletiva, com fulcro no art. 103, do CDC⁵, fará coisa julgada material de três formas distintas.

A primeira, relativa aos interesses difusos, terá efeitos *erga omnes*, atingindo todos os membros da coletividade, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. A segunda, referente aos interesses coletivos, possuirá efeitos *ultra partes*, incidindo sobre todos os membros de grupo, classe ou categoria, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. A última, atinente aos interesses individuais homogêneos, apresentará efeitos *erga omnes* no caso de procedência do pedido, refletindo sobre todas as vítimas e seus sucessores.

Imperioso, portanto, notar, a relevância e o potencial alcance de tal instituto, informado pelos princípios da acessibilidade, utilidade, operosidade e proporcionalidade, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em especial, quando instrumentalizar o controle de constitucionalidade.

No que concerne ao controle de constitucionalidade abstrato, cristalizou-se sua inadmissibilidade por meio de ação civil pública, posto que a inconstitucionalidade suscitada como pedido da ação resultaria em uma confusão com a ação direta de inconstitucionalidade. Seja pela semelhança entre seus pedidos e efeitos, seja pela diversidade entre os legitimados *ad causam* e o juízo competente.

A celeuma doutrinária e jurisprudencial forma-se em torno do cabimento da arguição de inconstitucionalidade⁶ por meio de ação civil pública.

Observa-se que, na prática, a controvérsia se revela quando o pedido formulado por legitimado *ad causam* para a propositura de ação civil pública funda-se na arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Requerendo, o autor, a procedência do pedido e a tutela dos interesses difusos e coletivos, sob o fundamento da inconstitucionalidade.

Dessa forma, considerando os efeitos ampliativos, em sua dimensão subjetiva, da coisa julgada coletiva, a eventual procedência da arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública, sob o aspecto prático, acabaria muito se assemelhando à declaração de

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41.

⁵ BRASIL. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

⁶ A arguição de inconstitucionalidade conceitua-se como incidente processual com o escopo de resolver questão constitucional para assentar uma das premissas da decisão de mérito, sendo cabível em qualquer processo de competência originária ou recursal de tribunal exercente do controle de constitucionalidade incidental. Conforme observa-se em MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.161.



inconstitucionalidade, por meio de ADIn, proferida pelo Supremo Tribunal Federal em âmbito de controle concentrado.

Diante dessa conjuntura, exsurtem duas correntes antagônicas.

A primeira, capitaneada por importantes autores como Gilmar Mendes⁷, José dos Santos Carvalho Filho⁸ e José Manoel Arruda Alvim⁹, defende a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade.

Dentre os argumentos por eles apresentados, destacam-se três.

Primeiramente, a questão da legitimidade *ad causam* inviabilizaria o controle de constitucionalidade por meio de ação civil pública. Visto que esta poderia ser utilizada como uma espécie substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade por quem não tem legitimidade constitucional para isso, os legitimados para propositura de ação civil pública.

Logo, com a admissibilidade dessa extensão de legitimidade ativa, estar-se-ia diante de uma interpretação em total desconformidade com nosso ordenamento constitucional, já que o rol taxativo de legitimados ativos para a propositura de ADIn é distinto do rol para a propositura de ação civil pública.

O segundo argumento apresentado baseia-se na usurpação da competência constitucionalmente reservada ao Supremo Tribunal Federal no caso do cabimento do instituto jurídico em tela, possibilitando decisões contraditórias.

De maneira que a sentença proferida em juízo de primeiro grau poderia cominar na inaplicabilidade de lei ou atos normativos a um grupo indeterminado de indivíduos, efeitos que sequer poderiam ser alcançados por decisões em controle incidental de inconstitucionalidade, enquanto não suspensa a eficácia, mediante resolução do Senado Federal ou da Assembleia Legislativa, da norma declarada inconstitucional por decisão irrecorrível do STF ou de Tribunal de Justiça.

Por fim, o terceiro fundamento seria a semelhança dos efeitos da coisa julgada em ação direta de inconstitucionalidade e em arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública, tendo em vista a disposição do art. 16, da Lei nº7.347/85¹⁰.

⁷ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.177-1.181.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade. *Doutrina ADCOAS*. Rio de Janeiro: ano 1, doutrina nº 08, p. 314-316, ago. 1998.

⁹ ALVIM, José Manoel Arruda. A Declaração Concentrada de Inconstitucionalidade pelo STF e os Limites Impostos à Ação Civil Pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*. São Paulo: ano 21, nº81, p.129-131, jan./mar. 1996.

¹⁰ 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: 01 out. 2018.



Interessante notar, portanto, que todos os argumentos contrários à admissibilidade se fundam na terceira premissa de que a extensão *erga omnes* dos efeitos da coisa julgada, a despeito da questão ser prejudicial, seria apta, juntamente com a decisão do pedido principal, a produzir efeitos erga omnes, como uma sentença de caráter normativo, ou seja, como regra geral, abstrata e impessoal¹¹.

Nessa linha de raciocínio, entende José dos Santos Carvalho Filho¹² que

se a sentença decide a controvérsia trazendo como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, estará ela, ipso facto, irradiando efeitos erga omnes não somente do capítulo decisório em si, mas também da própria declaração de inconstitucionalidade que, incidentalmente constituiu fundamento da decisão. Em consequência, o controle difuso da inconstitucionalidade se estaria convertendo, de forma oblíquo e indevida, em controle concentrado.

Em sentido contrário, com nossa predileção, autores como Teori Zavascki¹³, Luís Roberto Barroso¹⁴ e Hugo Nigro Mazzilli¹⁵, sustentam ser a ação civil pública um instrumento legítimo para a obtenção, de maneira incidental, de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Dentre os argumentos apresentados, antagonicamente aos que refutam o cabimento do instituto abordado, destacam-se três.

Inicialmente, não haveria que se falar em extensão inconstitucional dos legitimados *ad causam* de controle de constitucionalidade, uma vez que a inconstitucionalidade seria arguida como causa de pedir, não como pedido. Dito de outro modo, a despeito dos efeitos produzidos pela decisão definitiva em sede de ação civil pública, a inconstitucionalidade não seria alcançada pela autoridade da coisa julgada material.

O segundo contraponto seria a inexistência de qualquer usurpação de competência, por se tratar de mero deslocamento de competência do juízo para a análise da inconstitucionalidade em virtude de fatores subjetivos.

Ao final, o terceiro dissentimento seria a inexistência de semelhança entre os efeitos produzidos pelo provimento da sentença, considerando a arguição como causa de pedir.

Conclui-se, desse modo, que a arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade são institutos distintos, não havendo qualquer confusão entre eles. Sendo, portanto, cabível.

¹¹ CARVALHO FILHO, op. cit., 1998, p. 315.

¹² CARVALHO FILHO, op. cit., 2009, p. 93.

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 230-231.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 237-242.

¹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.



Nesse mesmo sentido, é possível observar, a partir do ano de 2007, uma fortíssima tendência jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal¹⁶ e no Superior Tribunal de Justiça¹⁷ a admitir a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade incidental.

2. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Aplica-se o Código de Processo Civil¹⁸ à ação civil pública naquilo que não contrarie suas disposições, conforme dispõe o art. 19, da Lei nº 7.347/85¹⁹.

Demonstra-se, dessa forma, fundamental a análise das novas disposições acerca do instituto da coisa julgada, em especial, no que tange aos seus limites objetivos, um dos principais impactos produzidos pelo advento do Código de Processo Civil de 2015.

A coisa julgada, conceituada como a imutabilidade que adquirem os efeitos de direito material da sentença não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida²⁰, possui limites temporais, subjetivos e objetivos.

Os limites temporais da coisa julgada consistem na vedação à nova análise de questões relativas à mesma lide, com exceção das relações jurídicas de trato sucessivo em que fato ou direito superveniente justifique a alteração e das demais hipóteses prescritas em lei, nos termos do art. 505, do CPC²¹.

Enquanto limites subjetivos da coisa julgada temos a vinculação da sentença àqueles que figuram na relação processual como partes da demanda, não prejudicando terceiros, com fulcro no art. 506, do CPC²².

Interessante destacar, a partir do dispositivo, portanto, que terceiros estranhos à demanda não poderão ser prejudicados pelos efeitos da coisa julgada, mas deles poderão se beneficiar²³.

¹⁶ Nesse sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 414.993/DF*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28424993%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7zulqur>>. Acesso em: 01 out. 2018.

¹⁷ Nesse sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 1.367.971/RJ*. Relator: Min. Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1367971&&b=ACOR&thesarus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 01 out. 2018.

¹⁸ BRASIL. *Lei 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: 01 out. 2018.

¹⁹ 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: 01 out. 2018.

²⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 314.

²¹ BRASIL, op. cit., 2015.

²² Ibid.

²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 313.

Por sua vez, os limites objetivos da coisa julgada sofreram relevante alteração.

Sob a égide da codificação processual civil anterior, o presente instituto, alicerçado no princípio da unidade da jurisdição e na segurança jurídica²⁴, tornava imutável e indiscutível apenas a matéria constante no dispositivo da sentença.

Razão pela qual prevalecia na doutrina e na jurisprudência a inexistência de confusão entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública com o pedido incidental de inconstitucionalidade.

Nesse contexto, uma questão prejudicial homogênea, mesmo que enfrentada na fundamentação da sentença, somente restaria agasalhada pelos efeitos da coisa julgada se transformada em questão principal, constando expressamente no dispositivo da sentença, em ação declaratória incidental²⁵.

Eis que o Código de Processo Civil de 2015, a partir do art. 503, §§1º e 2º²⁶, altera o regime dos limites objetivos da coisa julgada.

A resolução de questão prejudicial ao mérito, decidida expressa e incidentalmente no processo, poderá ser abrangida pela autoridade da coisa julgada material, independentemente de pedido expresso de qualquer das partes²⁷.

Em outras palavras, às hipóteses em que uma segunda questão dependa da primeira não no seu ser, mas no seu modo de ser²⁸, estender-se-ão os limites objetivos da coisa julgada, ainda que expressamente decidida na fundamentação da sentença²⁹, desde que satisfeitos, cumulativamente³⁰, os quatro requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC³¹.

²⁴ GRECO, op. cit., p. 315.

²⁵ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Processo Civil*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 408.

²⁶ BRASIL, op. cit., 2015.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

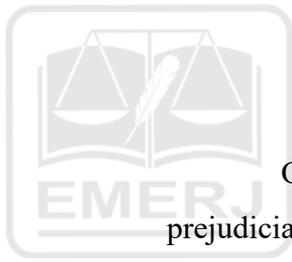
²⁷ Nesse sentido, o enunciado nº 165 do Fórum de Permanente de Processualistas Civis dispõe que “independentemente de provocação, a análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada”.

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p.83.

²⁹ Nessa perspectiva, o enunciado nº 438 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe que “é desnecessário que a resolução expressa da questão prejudicial incidental esteja no dispositivo da decisão para ter aptidão de fazer coisa julgada”.

³⁰ Por esse ângulo, o enunciado nº 313 do Fórum Permanente de Processualistas Civis delibera que “são cumulativos os pressupostos previstos nos §1º e seus incisos, observado §2º do art. 503”.

³¹ BRASIL, op. cit., 2015.



O primeiro requisito é o julgamento do mérito depender da resolução da questão prejudicial. Dessa forma, as questões resolvidas como *obiter dictum*, por exemplo, não se tornam indiscutíveis.

O segundo requisito à extensão da coisa julgada consiste no contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia. Logo, mesmo que não se tenha configurado a revelia, impõe-se a dupla garantia constitucional da participação com influência na formação do resultado e da não surpresa³².

Exige-se, ainda, como terceiro requisito, a competência do juízo prolator da decisão à resolução da questão prejudicial, em razão da matéria e da pessoa, como se fosse a questão principal.

Por fim, o quarto requisito é a inexistência de restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial. Assim, a título de ilustração, não haverá extensão da coisa julgada às questões de cuja solução dependa a análise do mérito em mandado de segurança, por conta de restrições probatórias.

Nota-se, portanto, que, em regra, a objeção de incompetência, terceiro requisito, obsta que a arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública seja abrangida pela autoridade da coisa julgada material³³. Isto em razão de caber, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de concentrado de constitucionalidade, a análise da alegação de inconstitucionalidade como questão principal.

Todavia, a partir de aprofundada análise, possível visualizar cenário em que a competência originária para a análise da ação civil pública será do Supremo, de maneira que a arguição de inconstitucionalidade esteja acobertada pela coisa julgada material e seus respectivos efeitos nas ações coletivas.

Como exemplo, observamos uma ação civil pública ajuizada por associação de magistrados em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, com o pedido incidental de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal, com base no art. 102, I, “n”, da CRFB/88³⁴.

Nessa hipótese, havendo contraditório prévio e efetivo, a inconstitucionalidade incidentalmente arguida por legitimado *ad causam* coletivo, decidida expressamente no

³² CÂMARA, op. cit., p. 10.

³³ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11.ed. V. 2. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 552.

³⁴ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.



processo, estará agasalhada pela coisa julgada com efeitos bastante semelhantes ao de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Desse modo, possível concluir que, em regra, a arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública não resta afetada pela nova disposição do Código de Processo Civil de 2015, salvo nas causas cíveis em que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente.

3. OS REFLEXOS E AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA ADMISSIBILIDADE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Certo é que a admissibilidade da arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública produz relevante impacto no ordenamento jurídico pátrio.

Dentre os reflexos do presente instituto, destaca-se a considerável ampliação da influência popular na possibilidade de provocação do juízo de adequação da norma infraconstitucional à norma constitucional, por meio da verificação da relação de conformidade vertical entre aquela e esta³⁵.

Partindo da análise de dados concretos, atualmente, é possível observar que considerável parcela dos legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, mostra-se pouco participativa e demasiadamente distante da realidade popular.

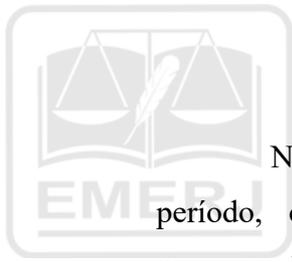
A título de ilustração, de acordo com dados colhidos a partir da lista ações diretas de inconstitucionalidade fornecida pelo Supremo Tribunal Federal, no período entre o ano de 1988 e o mês novembro de 2018, a Mesa do Senado Federal e a Mesa da Câmara dos Deputados ajuizaram, em conjunto, o irrisório número de 03 ADIn³⁶, equivalente a menos de 0,1% das ações dirigidas à impugnação de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição federal.

No mesmo ritmo, ao longo de aproximadamente 30 anos, as Mesas de Assembleia Legislativa ou a Câmara Legislativa do Distrito Federal ajuizaram apenas 56 ADIn³⁷, aproximadamente 0,1% do todo.

³⁵ MORAES, op. cit., p. 141.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/VerTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³⁷ Ibid.



Não muito diferente foi a participação do Presidente da República durante o mesmo período, com o ínfimo ajuizamento de 10 ações diretas de inconstitucionalidade, correspondente ao percentual de 0,18% do total³⁸.

Por sua vez, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil também apresentou reduzido grau de participação como legitimado para propositura de ADIn, com o ajuizamento de apenas 271 ações diretas de inconstitucionalidade, equivalente ao percentual de 4,83% do montante³⁹.

Como se não bastasse a microscópica atuação, em termos quantitativos, de parte dos legitimados, nota-se que os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, em que pese somarem 18,7% das demandas ajuizadas no período⁴⁰, têm sua atividade afinada ao jogo de poder. As estatísticas não deixam qualquer dúvida. Enquanto oposição, entre os anos de 1994 e 1996, relevante partido político apresentou 64 ações diretas de inconstitucionalidade, ao passo que durante o período em que se estabeleceu no poder, de 2004 a 2006, o número despencou para apenas 04 ações ajuizadas⁴¹.

Em sentido completamente oposto, mostra-se a atuação do Procurador Geral da República, com o ajuizamento de 1.056 ações diretas de inconstitucionalidade, correspondente a 18,82% da totalidade, dos Governadores de Estado ou do Distrito Federal, com o expressivo número de 1.181 ADIn, equivalente a aproximadamente 21% dos ajuizamentos, e das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, com cerca de 30% do montante⁴².

Interessante, ainda, notar que entre os três protagonistas em relação ao número de ADIns ajuizadas, apenas o Procurador-Geral da República é um legitimado universal. Os Governadores de Estado ou do Distrito Federal e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional devem comprovar sua pertinência temática.

Dessa forma, a partir dos dados obtidos, resta claro, sob um olhar exclusivamente sistêmico, que a expansão da legitimidade *ad causam* da ação civil pública para o controle incidental de constitucionalidade seria benéfico para nosso ordenamento jurídico.

É fundamental, para a aferição de maior efetividade ao sistema de controle de constitucionalidade, a atuação dos legitimados para propositura de ação civil pública, em especial, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.



O Ministério Público conceitua-se como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme dispõe o art. 127, da CRFB/88⁴³.

Assim sendo, por suas valorosas funções institucionais em defesa dos interesses do *Estado-comunidade*⁴⁴, o parquet relaciona-se de maneira íntima com as necessidades da coletividade, de modo a conferir-lhe significativo papel representativo na expansão da legitimidade *ad causam* para o ajuizamento de ações constitucionais de controle difuso.

Por sua vez, a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como instrumento e expressão do regime democrático, a assistência jurídica de forma integral e gratuita dos vulneráveis, vistos de forma harmônica com as 100 Regras de Brasília⁴⁵.

Destarte, seja por suas funções institucionais modernamente típicas⁴⁶, como a assistência jurídica ao necessitado, a promoção dos direitos humanos e a tutela coletiva, seja por suas funções modernamente atípicas⁴⁷, como a curadoria especial e a defesa ao réu preso revel, a atuação defensorial mostra-se intensamente ligada aos anseios sociais.

A partir do contato diário e corpóreo com os assistidos e suas adversidades, sobretudo com aqueles em situação de vulnerabilidade, a legitimidade *ad causam* da referida instituição constitucional para a arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública é, também, muito cara.

O fato é, pois, que o presente instituto processual-constitucional reflete na ampliação da participação democrática nos processos de elaboração e aplicação das leis, coadunando-se, intrinsecamente, com a sugestão de nova onda renovatória a partir da pesquisa de Roderick A. MacDonald⁴⁸, inserida em um contexto que se pode denominar de segunda dimensão das ondas

⁴³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1.399.

⁴⁵ As 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condições de vulnerabilidade, aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, objetivaram a implementação da acessibilidade à justiça a pessoas em condição de vulnerabilidade e estabeleceram a Defensoria Pública como instrumento de efetivação e implementação desse acesso.

⁴⁶ ESTEVES, Diogo; ROGER, Franklyn. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 361-365.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ MACDONALD, Roderick A. *Symposium on Access to Justice*. Disponível em: <http://www.lsuc.on.ca/media/convjune03_access.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018, p. 3-4.



renovatórias do acesso à justiça, alicerçadas nos estudos de ilustre professor Mauro Cappelletti⁴⁹.

Conclui-se, portanto, que as consequências práticas do alargamento da legitimação para o controle incidental de constitucionalidade aos legitimados pela LACP⁵⁰, levando em consideração os efeitos produzidos pela coisa julgada coletiva, são extremamente benéficos à ordem jurídica por possibilitar uma participação popular mais efetiva, fundamento do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou, como problemática essencial, as questões acerca da admissibilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, de controle incidental de constitucionalidade por meio de ação civil pública. O embate materializa-se pela aparente confusão entre a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública, caso se entenda por sua possibilidade.

De um lado, defende-se o não cabimento do referido instituto por resultar em extensão dos legitimados à propositura de ações de controle de constitucionalidade, em usurpação de competência e em semelhança entre os efeitos da coisa julgada; de outro, sustenta-se a admissibilidade pela inexistência de inconstitucionalidade na extensão dos legitimados, pela caracterização de mero deslocamento de competência e pela não ausência de semelhança entre os efeitos.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram ao longo da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de inconstitucionalidade não se confundem.

O entendimento a que chegou este pesquisador funda-se na compreensão da distinção existente entre os dois institutos, em especial, no que tange à competência, à legitimidade *ad causam* e aos efeitos da coisa julgada.

Quanto aos reflexos da alteração dos limites objetivos da coisa julgada pelo Código de Processo Civil de 2015, que se descortinou ao longo do segundo capítulo, insta destacar a conclusão da restrita aplicabilidade ao incidente.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

⁵⁰ BRASIL. *Lei n° 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.



Dependendo o julgamento do mérito da resolução da questão prejudicial, em contraditório prévio e efetivo, por juízo com competência em razão da matéria para resolvê-la como questão principal, tem força de lei a decisão que julgar total ou parcialmente a questão prejudicial.

Ficou evidente, por estas razões, que, em regra, a coisa julgada material sobre questões prejudiciais não se coaduna com a arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública, especialmente, pelo requisito da competência.

Esta pesquisa pretende sustentar, todavia, a existência de hipóteses em que a extensão dos efeitos da coisa julgada coletiva alcançam o incidente de inconstitucionalidade. Nesse sentido, destaca-se, nas causas cíveis, a ação civil pública de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, o trabalho observa, na prática, a expansão do rol taxativo de legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade nos casos de competência originária do Supremo.

Os reflexos e as consequências da admissibilidade da arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública, analisados no terceiro capítulo a partir do quantitativo de ADI por legitimados, apenas evidenciam os benefícios ao ordenamento jurídico pátrio da inclusão dos legitimados *ad causam* coletivos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 01 out. 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: 01 out. 2018.

_____. *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: 01 out. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Ação Civil Pública e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade. Doutrina ADCOAS*. Rio de Janeiro: ano 1, doutrina nº 08, p. 314-316, ago. 1998.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11.ed. V. 2. Salvador: Juspodivum, 2016.

ESTEVES, Diogo; ROGER, Franklyn. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Processo Civil*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9.ed. Salvador: Juspodivum, 2017.

ROQUE, André Vasconcelos et al. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



A NÃO NECESSIDADE DE SEGURO EM OBRAS PÚBLICAS

Rodrigo de Brito Albuquerque Santos

Graduado pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogado.

Resumo – diante de numerosos casos de obras públicas inacabadas, surge uma alternativa para que isso não ocorra mais, qual seja, o seguro total da obra pública. A legislação atual, prevê que somente 5% (cinco por cento) do valor da obra seja segurado. Em casos excepcionais, quando a obra é de grande vulto, o valor segurado pode passar para 10% (dez por cento). Em situações similares, países como França e Estados Unidos contemplam o seguro total de sua obra, visando ao melhor interesse social e custo benéfico. Desse modo, é possível a aplicação do seguro total em obras públicas, razão pela qual, a essência do trabalho é demonstrar como o direito comparado poderia servir de modelo para alterar o método de seguro referente aos empreendimentos públicos.

Palavras – chave – Direito Administrativo. Direito Civil. Lei de Licitações. Princípio da moralidade. Princípio da eficiência. Atribuições do ente contratante. Controle externo da obra pública.

Sumário – Introdução. 1. Origem do princípio da moralidade e sua aplicação. 2. Origem do princípio da eficiência e sua aplicação 3. As atribuições e prerrogativas do ente contratante. 4. A função do seguro. 5. Prejuízos de não ter um controle externo em obras públicas. 6. Benefício do seguro em obras públicas. Conclusão. Referência

INTRODUÇÃO

É de conhecimento de todos, que as recentes obras públicas não expiram confiança. Nesse cenário, reascendesse a discussão sobre a maior fiscalização dessas obras.

Surgem no horizonte ideias para tentar minimizar essas falhas. Uma delas, que ganha força no cenário nacional, é a contratação, por parte das empreiteiras, de seguro que cubra 100% da obra pública. Para tanto, explanam-se jurisprudências, artigos, projetos de lei e posições da doutrina para demonstrar a necessidade de reforma dos meios de execução de obras públicas, com o fim de, tornar efetivo o sistema de contratação.



A Constituição Federal, determina princípios básicos que norteiam toda a administração pública, dentre eles, o princípio da eficiência. Obras públicas carecem de um maior cuidado e fiscalização para serem completadas. Contudo, essa situação não é regulada de forma satisfatória, deixando várias brechas para sua ineficiência. Por isso questiona-se: é possível ter um método para fiscalizar de maneira efetiva a obra pública? Em caso de não terminar a obra, existe uma forma de fazer o contratante terminá-la ?

O tema gera debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece um olhar mais aprofundado, uma vez que a busca da efetividade da administração não é algo linear.

Para demonstrar melhor entendimento sobre o tema, apresenta-se a necessidade de modernização da lei nº 8.666/93, principalmente na parte que trata da garantia do cumprimento da obra pública. Além disso, intenta-se demonstrar, o conceito de "*performance bond*", uma garantia advinda do direito norte-americano de que o vencedor do leilão, faça um seguro de 100% sobre o empreendimento, obrigando a seguradora a finalizar a obra sem custos adicionais para a administração pública, uma alternativa viável para melhorar o sistema pátrio.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a legislação atual que trata sobre licitação e a obrigatoriedade da empresa vencedora de concluir o que foi acordado.

No segundo capítulo, pondera-se as brechas na lei e o porque ela se torna ineficaz, com o objetivo de aferir quais são os erros para buscar as soluções proveitosas para a situação.

O terceiro capítulo, pesquisa no direito comparado os modelos que deram certo em situações semelhantes. Situações já vividas em outros países na qual se subsume a situação enfrentada no ordenamento pátrio e métodos que possam ser usados para solucionar os problemas enfrentados.

A pesquisa utiliza método hipotético-dedutivo, posto que o pesquisador pretende elencar hipóteses, as quais crer ser cabível e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

O objeto deste artigo será obrigatoriamente qualitativa, pois o pesquisador se valerá de bibliografia pertinente à temática do caso em tela, analisada e esboçada na fase descritiva da sua pesquisa, com o objetivo de sustentar a sua tese.

1. SEGURO EM OBRAS PÚBLICAS NO SISTEMA BRASILEIRO

É primordial compreender que para se ter uma obra pública de qualidade, é necessário que se tenha uma fiscalização, uma garantia de que aquilo prometido, acordado, estudado e debatido seja cumprido de maneira correta e que onere minimamente os cofres públicos. Em outras palavras, fiscalização e garantia são atos meios, que vão permitir chegar a administração no objetivo pensado inicialmente.

No ordenamento jurídico atual, para se contratar com a administração pública com o intuito de se fazer uma obra, é necessário seguir o procedimento previsto na lei de licitações (Lei nº 8.666/93). Essa lei determina que os contratos celebrados com a administração devem seguir os preceitos públicos, estabelecendo de forma clara e precisa as condições para essa execução, prevista no art. 54 §1º da lei nº 8.666/93¹ *in verbis*:

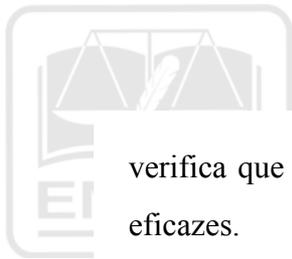
art. 54 §1º. Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

No momento em que você estabelece um contrato com a administração pública, a autoridade competente, pode ou não, requerer garantia nas contratações de obras, serviços e compras, como prevê o art. 56 Caput da lei nº 8.666/93², com a seguinte redação: a critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

Caso a autoridade competente opte pela garantia, o valor não excederá 5% (cinco por cento) do valor do contrato, como prevê o art 56 §2º da Lei nº 8.666/93. Agora, se as obras, serviços e fornecimentos forem de grande monta, envolvendo uma alto grau de complexidade técnica e acarretar uma probabilidade alto de riscos financeiros, analisados por meio de parecer técnico, o limite de garantia poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato, como dispõe o art. 56 §3º da Lei nº 8.666/93. Contudo, desde que foi criada essa lei, se

¹ BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm> Acesso em: 18 abr. 2018.

² *Ibidem*



verifica que essas garantias não conseguiram atingir seus objetivos básicos, ou melhor, não são eficazes.

Nos dias atuais, é de conhecimento de todos, que muitas obras públicas não são terminadas ou são terminadas com uma qualidade baixa ou de forma que não garantam uma segurança para o cidadão. Diversos são os motivos que ocasionam isso, alguns por incompetência dos nossos representantes que não fiscalizam e não asseguram que a obra será terminada no prazo, outros devido a corrupção que é latente em nossa pátria.

Corroborado com essa ideia, Caio Mário S. Pereira Neto e Mateus Piva Adami, ambos professores da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, entendem que: "os motivos que dificultam a infraestrutura brasileira são: instabilidade política, crise econômica interna e a corrupção em vários setores. Nesse sentido, as iniciativas de revisão da legislação de licitações e contratos criam uma importante janela de oportunidade, uma vez que a estrutura institucional vigente, que tem como a Lei nº 8.666/1993 como elemento central, não produziu os efeitos desejados³... ”.

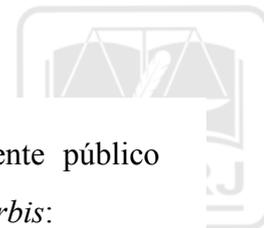
Seguindo nessa linha de raciocínio, Silvia M. A. Guedes Gallardo, assessora técnica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em seu artigo: *A Responsabilidade da Administração na garantia da qualidade das obras públicas – O art. 618 do Código Civil*⁴, enuncia que: "...a primeira obrigação do gestor na garantia da qualidade da obra se dá pela fiscalização e acompanhamento da execução contratual, a fim de evitar tais falhas. Depois disso, vem a responsabilidade pelo recebimento do objeto do contrato, exigindo, já nesse momento, o reparo de qualquer imperfeição, conforme determinado nos arts. 69 e 73 da Lei nº 8.666/93⁵..."

Dessa maneira, a falta de fiscalização e a garantia baixa do valor da obra, além de gerar um prejuízo para a sociedade e para o cidadão de maneira direta, também acarreta um prejuízo vertiginoso para o ente contratante. Isso porque, caso a obra pública gere algum prejuízo ao

³ PEREIRA, Caio Mário Silva e ADAMI, Mateus Piva: *Mercado de obras públicas, corrupção e investimentos*, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mercado-de-obras-publicas-corrupcao-e-investimentos-04032018>> . Acesso em: 18 abril. 2018

⁴ GALLARDO, Silvia M. A. Guedes: *A Responsabilidade da Administração na garantia da qualidade das obras públicas – O art. 618 do Código Civil*. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/6524-responsabilidade-administracao-garantia-qualidade-obras-publicas-art-618-codigo-civil>> . Acesso em: 18 abril. 2018

⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 18 abr. 2018.



particular, ele pode entrar com uma ação de responsabilidade civil contra o ente público contratante. É o que esta previsto na Apelação Cível nº 70040655912⁶ do TJRS, *in verbis*:

TJ-RS - Apelação Cível AC 70040655912 RS (TJ-RS)
Data de publicação: 13/10/2011
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRA PÚBLICA CONFIADA À EMPRESA PRIVADA. DANOS CAUSADOS A TERCEIROS. INADEQUAÇÃO DA EXECUÇÃO DO PROJETO. DEMONSTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO E DO EMPREITEIRO. O dano causado ao particular em razão de obra pública enseja tanto a responsabilidade do Ente Público como a do empreiteiro, a depender da situação: a) se o dano exsurgir do só fato da obra, responderá unicamente o Ente Público, objetivamente; b) se o prejuízo decorrer da falha ou falta do serviço, responderá o Estado, com base na responsabilidade subjetiva;...

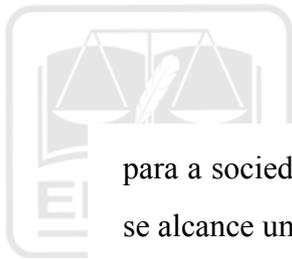
Nessa perspectiva, o TJSC, na Apelação Cível nº 644384.2007.064438-4⁷, foi ao encontro da decisão citada acima, *in verbis*:

TJ-SC - Apelação Cível AC 644384 SC 2007.064438-4 (TJ-SC)
Data de publicação: 21/09/2009
Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DEINFRA E EMPREITEIRA CONTRATADA PARA REALIZAR OBRA PÚBLICA. DETONAÇÃO DE ROCHAS. DANOS EM IMÓVEL PARTICULAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. "Não há como o DEINFRA se eximir de responsabilidade pelo ressarcimento dos prejuízos, pois foi quem contratou o serviço da construtora, cabendo-lhe o dever de fiscalizar a execução da atividade, sendo que sua responsabilidade civil deve ser analisada em conformidade à teoria do risco administrativo, com fulcro no art. 37 , § 6º , da Constituição Federal ." (AC n. , de Itá, rel. Des. Orli Rodrigues). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA. A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que o percentual de 10% a título de honorários advocatícios é o mais apropriado na hipótese de ser vencida a Fazenda Pública, direta ou indiretamente, além das Fundações. CUSTAS PROCESSUAIS. O Ente Público é isento do pagamento das custas processuais por expressa determinação do Regimento de Custas e Emolumentos do Estado...

Portanto, por tudo o que foi exposto acima, é necessário se conscientizar que o processo licitatório, mais especificamente o de obras públicas, é falho. Acarreta prejuízo para o cidadão,

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul *Apelação Cível nº 70040655912*. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20703092/apelacao-civel-ac-70040655912-rs-tjrs>> Acesso em: 18 abr. 2018

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina *Apelação Cível nº 644384.2007.064438-4*. Relator: Sônia Maria Schmitz. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6717942/apelacao-civel-ac-644384-sc-2007064438-4>> Acesso em: 18 abr. 2018



para a sociedade e para o estado, devendo haver uma mudança legislativa e doutrinária, para que se alcance um princípio administrativo-constitucional básico: a eficácia.

2. O SEGURO EM OBRAS PÚBLICAS COM RELAÇÃO AO DIREITO COMPARADO

Nos dias atuais, o direito brasileiro vem sofrendo um influência muito grande do direito comparado. Antigamente tínhamos uma posição de *civil law* clássica. Hoje, existem debates que convergem para determinar o sistema brasileiro como misto, pois já há presença considerável da *common law*. Por isso, no âmbito do direito administrativo, isso não poderia ser diferente.

A influência do direito administrativo brasileiro em sistemas como o italiano, o francês e o da *common law* foi e é muito grande. Os tribunais, amparados no direito europeu, foram aceitando e aplicando teorias e princípios não abarcados pelo direito positivo pátrio. Nesse diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra *Direito Administrativo*⁸, diz que:

...em termos de contratos administrativos, de teoria dos atos administrativos, seus vícios, nulidades, revogação, convalidação, discricionariedade, responsabilidade objetiva do Estado, tivemos todo um regime jurídico construído e elaborado muito antes de sua previsão legal. Muito antes de haver uma lei disciplinando os contratos administrativos (o que só foi feito de forma mais completa pelo Decreto-lei nº 2.300, de 1986), nós já aplicávamos tudo o que hoje está no direito positivo.

No âmbito do direito administrativo francês, o Brasil adotou a ideia de ato administrativo, com a ideia de autoexecutoriedade, terias da responsabilidade civil do estado, a definição do que seria serviço público, prerrogativas da administração pública e teoria dos contratos administrativos.

Do direito italiano, se retirou conceito de mérito, autarquia e entidade paraestatal, as noções de interesse público e métodos de estudo do direito administrativo, de um modo mais técnico-científico, ou seja, formação de jurisprudência era uma consequência de casos concretos, sem se importar muito com a sua sistematização.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



Já com relação a *common law*, o direito administrativo brasileiro abraçou o princípio da unidade de jurisdição, mandado de segurança e de injunção, o princípio do devido processo legal e, em um momento mais recente, adotou a ideia de agências reguladoras.

Nesse sentido, utilizando-se do direito comparado para o âmbito de seguro em obras públicas, podemos citar como parâmetro o direito norte americano.

Nos Estados Unidos, em meados de 1983, o congresso americano aprovou a obrigatoriedade das garantias em todos os contratos governamentais. Desse modo, houve a transferência para a iniciativa privada do risco sobre a inadimplência. Ou seja, os recursos públicos são blindados, tem uma maior segurança.

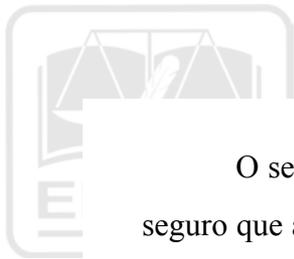
Em 1895 no estado da Filadélfia, uma lei cria a primeira seguradora especializada na modalidade de seguro garantia de obras públicas. No fim do séc. XIX e início do séc. XX, houve mudança na legislação específica, muita das vezes para aprimoramento. Com isso, evitou-se perda de dinheiro público, gastos com processos e inadimplemento de contratos.

Nos dias atuais, o direito norte americano segue o seguinte procedimento para aumentar a eficácia do processo e garantir o término da obra.

O órgão que estabelece a licitação nos editais vai também estabelecer o percentual do valor que a empresa que vencer o certame, obrigatoriamente subcontratada. Isso é denominado de: *DBE - Disadvantaged Business Enterprises*. São empresas que tem em sua gestão um capital majoritário que pertencem a uma minoria. Ex; índios, asiáticos, mulheres, veteranos de guerra e etc. É uma forma que o país encontrou para garantir uma reserva de mercado e dar competitividade para o pequeno empresário. Funcionária a grosso modo como um “sistema de cotas” que as universidades e concursos públicos utilizam no Brasil⁹.

O percentual dessas DBE vai variar com relação a obra, o tipo de serviço contratado e em qual estado da federação esse serviço esta sendo contratado. Por exemplo, uma obra imobiliária, tem um patamar superior do que uma obra de terraplanagem. Estado com grande contingentes de minorias como California e Florida, praticam patamares que ficam na faixa de 10% a 25% do preço da obra.

⁹ MATOS, Aldo Dórea Prado. *Como são as licitações nos EUA*. Disponível em: <<http://blogs.pini.com.br/posts/Engenharia-custos/como-sao-as-licitacoes-nos-eua-331500-1.aspx>> Acesso em: 10 out. 2018



O seguro nas obras públicas no sistema americano denominasse *Performance Bond*. É um seguro que a construtora adquire para iniciar a obra, sendo que esse seguro tem que cobrir 100 % (cem por cento) do valor estipulado em contrato.

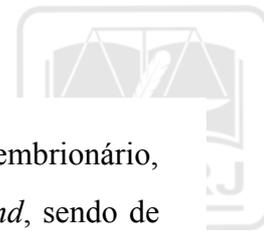
O *Performance Bond*¹⁰ é uma forma de garantia. Se a pessoa jurídica contratada entrar em falência ou se manifestar incapaz para finalizar o serviço contratado, o ente público pode acionar a seguradora para cobrir os eventuais prejuízos advindos do não cumprimento da obra. Caberá a seguradora terminar a obra dentro do estipulado na licitação. A forma que a seguradora terminará a obra será inteiramente de responsabilidade dela. E nos casos em que o valor de termino da obra superar o valor da apólice do seguro, o ente contratante em nada responde, pois a emissão da apólice é de inteira responsabilidade da seguradora.

Normalmente, para uma empresa receber o *Performance Bond*, a companhia passa por um ato chamado de *due diligence*. É o processo de busca de informação sobre uma empresa. No caso de obras públicas, a seguradora vai fazer o *due diligence* vasculhando o histórico da empresa, consultando antigos clientes e fornecedores, inspecionando e averiguando obras concluídas e andamentos realizadas por aquela empresa, irá analisar os balanços, capacidade de crédito, credibilidade no mercado e etc.

Sobre o prisma da eficácia do *Performance Bonds*, a jurisprudência norte-americana mostra que já há diversas questões sendo discutidas sobre o tema. Já existe discussões em cortes estadunidenses sobre *Performance Bonds* que garantiam a conclusão da obra, mas também os defeitos surgidos após a conclusão. Nessa continuidade, já houve questões sobre a responsabilidade ou não da seguradora quando a existe falha no projeto ou declarações do poder público. Questões aleatórias que mostram como o instituto no país já se encontra num estágio mais avançado em relação ao nosso.

Dessa forma, o sistema norte americano praticamente reduz a zero a possibilidade de a obra ficar inacabada, gerando uma segurança social e uma eficiência administrativa muito grande.

¹⁰ CARVALHO, Eduardo Lemos Prado. *Perfomance Bond: A solução para obras públicas*. Disponível em: <<http://www.comore.com.br/performance-bond-a-solucao-para-as-obras-publicas-do-brasil/>> Acesso em: 10 out. 2018



Infelizmente, no Brasil, jurisprudência e doutrina sobre o tema ainda é algo embrionário, se concentrando, em sua maioria, na questão da executividade do *Performance Bond*, sendo de maneira rara, outras decisões e opiniões abordando outros aspectos do tema.

3. INEFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA E SUA BUSCA POR MELHORA

Os entes federais (União; Estados e Municípios) tem um papel relevante na economia do país, pois suas compras e investimentos compõem o Produto Interno Bruto (PIB), o que acarreta em renda.

Contudo, a administração tem como uma de suas funções administrar o dinheiro publico, na qual o cuidado e zelo são essenciais. Nesse sentido, um estado transparente e preços que não sejam super faturados é um desafio constante. Isso é algo tão imprescindível que esta disposto na Lei nº 8.666/93, a lei de licitações públicas.

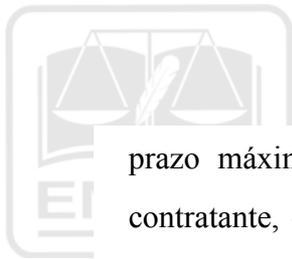
Ao estabelecer contratos com a iniciativa privada, a administração pública tem o dever de especificar quais garantias e quais os seguros que devem ser exigidos do entre privado contratado. Desse modo, quaisquer possíveis imprevistos na obra poderão ser reparados por meio do seguro, garantido assim um termino de uma obra pública importante para a sociedade ou a continuação de fornecimento de medicamentos para rede pública de saúde.

Mas o sistema apresenta falhas, equívocos que não foram solucionados ao longo dos anos que geraram vícios na cadeia de procedimento e consequentes falhas no serviço final prestado.

A Secretaria de Logística, Tecnologia e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MPOG, visando melhorar a eficácia do disposto na Lei Geral de Licitações expediu a Instrução Normativa nº 6¹¹, de 23 de dezembro de 2013, que alterou a Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, fez varias alterações. Dentre elas, determinou a exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação.

Para que isso pudesse ocorrer, tinha que observar que a contratada deveria apresentar, no

¹¹BRASIL.instrução normativa nº6. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_251900037_instrucao_normativa_n_6_de_23_dezembro_de_2013.aspx Acesso em: 25 set. 2018.



prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do órgão contratante, contado da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, sendo que, nos casos de contratação de serviços continuados de dedicação exclusiva de mão de obra, o valor da garantia deverá corresponder a cinco por cento do valor total do contrato;

Outro requisitos que a instrução normativa passou a exigir é de que a garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, assegurará o pagamento de prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do contrato; prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada.

Outro ponto importante que a instrução normativa trouxe, foi de que com a inobservância do prazo para apresentação da garantia, poderia acarretar a aplicação de multa de 0,07% (sete centésimos por cento) do valor do contrato por dia de atraso, observado o máximo de 2% (dois por cento).

Caso ocorresse o atraso no cumprimento do contrato superior a 25 dias, autorizaria a Administração a promover a rescisão do contrato por descumprimento ou cumprimento irregular de suas cláusulas, conforme dispõem os incisos I e II do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993¹²;

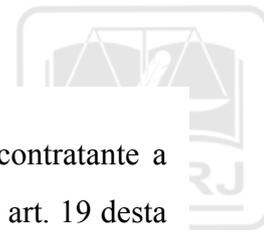
Alem disso, determinou que o garantidor não é parte para figurar em processo administrativo instaurado pelo contratante com o objetivo de apurar prejuízos e/ou aplicar sanções à contratada.

Com relação à extinção da garantia, essa somente ocorreria com a devolução da apólice, carta fiança ou autorização para o levantamento de importâncias depositadas em dinheiro a título de garantia, acompanhada de declaração da Administração, mediante termo circunstanciado, de que a contratada cumpriu todas as cláusulas do contrato; e após o término da vigência do contrato, devendo o instrumento convocatório estabelecer o prazo de extinção da garantia, que poderá ser estendido em caso de ocorrência de sinistro¹³.

Já com relação à garantia ser retida, essa poderia ocorrer. Desde que, a obrigação da

¹² Ibidem

¹³ Ibidem



contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a reter, a qualquer tempo, a garantia na forma prevista na alínea “k” do inciso XIX do art. 19 desta Instrução Normativa¹⁴;

Visto isso, a legislação acima demonstra a preocupação da Administração em tornar mais segura as execuções dos contratos administrativos. É de conhecimento geral que ao ente público lhe resta optar pela garantia da legislação, mas ao particular que irá contratar com a administração pública a lei possibilita que ele escolha qual a modalidade a ser apresentada, ou seja, qual modalidade optar.

Muito das vezes, as empresas optam pelo “Seguro-Garantia”, hipótese na qual uma seguradora oferece determinado produto, regulamentado pelo SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), o órgão regulamentador responsável pela fiscalização. Nesses casos, vão efetivar a garantia de um contrato que poderá durar até o limite de 60 (sessenta) meses.

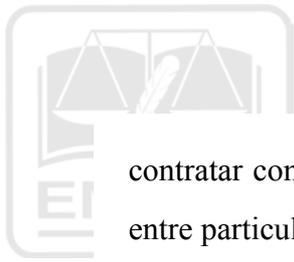
Nesse sentido, já existe movimentos para alterar a Lei nº 8.666/93 e um novo projeto de lei será votado. Em seu projeto, o deputado João Arruda (MDB-PR)entende que deve se revogar a atual Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02) e o Regime Diferenciado de Contratações (RDC, Lei nº 12.462/11). O projeto criaria o Portal Nacional de Contratações Públicas que deverá ser adotado pelo governo federal e seguido por todos os entes da federação¹⁵.

Imaginando que pudesse ocorrer esse tipo de situação, o legislador tentou aplicar regras com a finalidade de evitar que isso pudesse ocorrer. Apesar da intenção ter sido louvável, a pratica nos mostrou uma outra vertente. Em detrimento das modalidades de “Caução” ou “Fiança” as empresas escolhem o “Seguro-Garantia” com a Administração, aderindo assim as condições das explicitadas nas apólices, tornando na pratica, modalidade de garantia contratual ineficaz.

Diante do exposto, fica evidente que o “Seguro-Garantia” e outras formas de seguro nos contratos administrativos apresentam falhas, seja pela burocracia exarcebada no momento de

¹⁴ Ibidem

¹⁵ Câmara dos Deputados. *Comissão especial pode votar parecer sobre nova lei de licitações*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camارانoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/559165-COMISSAO-ESPECIAL-PODE-VOTAR-PARECER-SOBRE-NOVA-LEI-DE-LICITACOES.html> Acesso em: 25 set. 2018



contratar com a seguradora, seja pela fragilidade estatal perante um contrato de adesão firmados entre particulares.

Dessa forma, o estado, pelo princípio do melhor interesse público, deveria buscar novas regras, com mecanismos mais céleres e que possam vir a garantir o cumprimento do contrato.

CONCLUSÃO

Em uma obra pública de qualidade, é necessário que se tenha uma fiscalização, uma garantia de que aquilo prometido, acordado, estudado e debatido seja cumprido de maneira correta e que onere minimamente os cofres públicos.

No ordenamento jurídico pátrio, a forma de contratar com o poder público, é por meio de licitação, disposto na Lei nº 8.666/93, que também prevê formas de fiscalizar e obrigar que o contrato firmado seja cumprido.

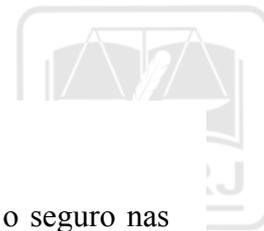
A lei determina que, uma forma de obrigar o cumprimento do contrato é por meio de garantias. Contudo, a autoridade competente, pode ou não, requerer garantia nas contratações de obras.

Caso a autoridade competente opte pela garantia, o valor não excederá 5% (cinco por cento) do valor do contrato. Se a obra for de grande monta, o limite de garantia poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.

Desse modo, muitas obras públicas não são terminadas ou são terminadas com uma qualidade baixa ou de forma que não garantam uma segurança para o cidadão.

O sistema apresenta falhas, equívocos que não foram solucionados ao longo dos anos que geraram vícios na cadeia de procedimento e consequentes falhas no serviço final prestado. E por isso, é de conhecimento geral a preocupação da Administração em tornar mais segura as execuções dos contratos administrativos.

Nesse sentido, já existe movimentos para alterar a Lei nº 8.666/93 e um novo projeto de lei será votado. Uma das possibilidades, é o projeto do deputado João Arruda (MDB-PR) na qual, deve-se revogar a atual Lei de Licitações e Contratos (Lei nº8.666/93), a Lei do Pregão (10.520/02) e o Regime Diferenciado de Contratações (RDC, Lei nº 12.462/11). O projeto criaria o Portal Nacional de Contratações Públicas que deverá ser adotado pelo governo federal e



seguido por todos os entes da federação.

Com relação ao direito comparado, mais precisamente o Norte Americano, o seguro nas obras públicas denominasse *Performance Bond*. É um seguro que a construtora adquire para iniciar a obra, sendo que esse seguro tem que cobrir 100 % (cem por cento) do valor estipulado em contrato.

O *Performance Bond* é uma forma de garantia. Se a pessoa jurídica contratada entrar em falência ou se manifestar incapaz para finalizar o serviço contratado, o ente público pode acionar a seguradora para cobrir os eventuais prejuízos advindos do não cumprimento da obra. Caberá a seguradora terminar a obra dentro do estipulado na licitação.

Nos casos em que o valor de término da obra superar o valor da apólice do seguro, o ente contratante em nada responde, pois a emissão da apólice é de inteira responsabilidade da seguradora.

Posto isto, pela verificação da ineficiência da legislação do sistema pátrio atual para compelir o contratante a cumprir com o contrato e terminar a obra e pelo vícios enraizados na sociedade brasileira quando o assunto é obra pública, devemos considerar a aplicação do modelo americano, pois é um modelo antigo e que vem mostrando, ao longo dos anos, resultado positivo com relação ao termino da obra de maneira a atender o interesse social.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Eduardo Lemos Prado: *Perfomance Bond: A solução para obras públicas*, 2018. Disponível em: <<http://www.comore.com.br/performance-bond-a-solucao-para-as-obras-publicas-do-brasil/>> . Acesso em: 10 out. 2018

Comissão especial pode votar parecer sobre nova lei de licitações. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/administracao-publica/559165-comissao-especial-pode-votar-parecer-sobre-nova-lei-de-licitacoes.html>. Acesso em: 25 set. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27.ed. São Paulo:Atlas, 2014.

GALLARDO, Silvia M. A. Guedes: A Responsabilidade da Administração na garantia da qualidade das obras públicas – O art. 618 do Código Civil. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/6524-responsabilidade-administracao-garantia-qualidade-obras-publicas-art-618-codigo-civil>> . Acesso em: 18 abr. 2018



instrução normativa nº 6. disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25190037_instrucao_normativa_n_6_de_23_de_dezembro_de_2013.aspx. Acesso em: 25 set. 2018.

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm> Acesso em: 18 abr. 2018.

MATOS, Aldo Dórea Prado. *Como são as licitações nos EUA*. Disponível em: <<http://blogs.pini.com.br/posts/Engenharia-custos/como-sao-as-licitacoes-nos-eua-331500-1.aspx>> Acesso em: 10 out. 2018

PEREIRA, Caio Mário Silva e ADAMI, Mateus Piva: *Mercado de obras públicas, corrupção e investimentos*, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mercado-de-obras-publicas-corrupcao-e-investimentos-04032018>> . Acesso em: 18 abr. 2018

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70040655912. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20703092/apelacao-civel-ac-70040655912-rs-tjrs>> . Acesso em: 18 abr. 2018

Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível nº 644384.2007.064438-4. Relator: Sônia Maria Schmitz. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6717942/apelacao-civel-ac-644384-sc-2007064438-4>> . Acesso em: 18 abr. 2018

O DEVER DE INDENIZAR PELO ABANDONO AFETIVO COMO FORMA DE DISTANCIAMENTO ENTRE PAIS E FILHOS

Rodrigo Santos de Azevedo

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo – O tema do presente artigo se mostra de fundamental importância no âmbito social, psicológico e jurídico. A temática relacionada ao abandono afetivo e a possibilidade de responsabilização civil por tal conduta vem sendo amplamente debatida, causando decisões jurisprudenciais conflitantes e grandes batalhas doutrinárias. Verifica-se que o poder judiciário tem uma grande responsabilidade sobre as decisões que envolvam esses assuntos, pautada em princípios com a finalidade da busca da promoção dos direitos fundamentais e proteção à família. O presente trabalho visa abordar o dever de proteção estatal nas relações familiares e a preocupação da não ocorrência da monetarização das relações de família, já que, com advento da Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, estas relações são pautadas no afeto.

Palavras-chave – Direito de família. Abandono afetivo. Responsabilidade Civil.

Sumário – Introdução. 1. O dever do estado de proteção a família: os dois lados da dignidade da pessoa humana. 2. A indenização resolve o problema? A monetarização das relações de afeto. 3. Cuidar é dever? A obrigação dos pais de participar da vida dos filhos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, responsabilização civil no Direito de Família não se encerra nas relações entre cônjuges e companheiros, perpassa pela relação existente entre genitores e sua prole, ou seja, é possível a indenização resultante das relações entre pais e filhos. A reparação pode ocorrer com base no abandono afetivo.

A questão, ainda, gera muitas controvérsias na jurisprudência e estas extrapolam a esfera jurídica, pois a família é, em suma, baseada nas relações de afeto, o que não deve ser medido com quantificações monetárias. Por isso, busca-se entender até onde cabe o Estado interferir nas relações familiares.

Em paralelo, como se determinar o quantum indenizatório é suficiente para sanar o vazio deixado por anos de abandono. Deve-se tentar entender, se na realidade a indenização é o melhor caminho para reparar os danos psicológicos sofridos, ou se teria outra forma, outra alternativa

Outra questão importante que norteará o tema é, traçando um paralelo com a obrigação de fazer, deveria ocorrer um pedido alternativo ou subsidiário, caso o genitor se negasse a se



relacionar com o filho, deveria haver a reparação civil. Com isso, estar-se-ia, mais próximo do objetivo da família.

Nesse sentido, o presente trabalho irá buscar aprofundar-se nas recentes decisões jurisprudenciais, bem como discutir sobre a monetização das relações familiares. Além disso, discutir se quando o magistrado da procedência ao pedido de reparação civil, nestes casos, não acaba por afastar mais a relação entre os parentes.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, porquanto o pesquisador pretender se valer da jurisprudência pertinente e temática em foco.

1. O DEVER DO ESTADO DE PROTEÇÃO A FAMÍLIA: OS DOIS LADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Direito de Família, no Brasil, é regido por diversos princípios, alguns estampados na Constituição. É possível vislumbrar nove principais princípios que norteiam as relações familiares na Carta Magna: da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, do pluralismo das entidades familiares, da tutela especial a família, da paternidade/maternidade responsável, do dever de convivência familiar, da proteção integral da criança e do adolescente, e o da isonomia entre os filhos.

O primeiro, é na realidade sobre um dos princípios, o da dignidade da pessoa humana. Basicamente, foi o referido princípio que fez com que houvesse alteração no pensamento das relações de família. Atualmente, não se deve basear tais relações em imposições e subserviência, mais sim em afeto, em amor. Deve-se, sobre tudo, respeitar os direitos da personalidade de cada ente da família.

É com esse olhar que surge a responsabilidade civil no Direito de Família, o citado dever, não ocorre tão somente nas relações de casamento e união estável, mas também, pode vir a ocorrer nas relações entre pais e filhos. Neste ponto que reside a indenização pelo abandono afetivo.

Assevera o doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira¹, criador da tese da responsabilização civil pelo abandono afetivo:

o Direito de Família somente estará em consonância com a dignidade da pessoa humana se determinadas relações familiares, como o vínculo entre pais e filhos, não forem permeados de cuidado e de responsabilidade, independentemente da relação entre os pais, se forem casados, se o filho nascer de uma relação extraconjugal, ou

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por abandono afetivo. In: *Responsabilidade Civil no Direito de Família* Coord. Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, p. 406.

mesmo se não houver conjugalidade entre os pais, se ele foi planejado ou não. (...) Em outras palavras, afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona seu filho, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele".

Com o ensinamento acima é fácil entender o direito à indenização, todavia, nas relações familiares, como demonstrado, o que se busca é o afeto, e não dinheiro. Por esse motivo, a indenização só deve ser dada em último caso, deve-se buscar soluções para que se cumpram os principais fundamentos das relações familiares: afeto, solidariedade, respeito, colaboração e principalmente união.

O magistrado, por vezes, ao condenar o pai (ou a mãe) que abandonou afetivamente seu filho a indenizá-lo, acaba por não fazer justiça, já que a decisão pode vir a causar o maior afastamento entre eles, pois, como reage este genitor que vê ocorrer perda de parte do seu patrimônio. Deve o juiz ao proferir a sentença, com base no caso concreto, analisar se realmente está fazendo a função do Estado de proteger a entidade familiar, ou, por outro lado, cometendo verdadeira justiça.

Filia-se ao pensamento do doutrinador supracitado a professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka², uma das maiores autoridades em direito de família e responsabilidade civil. Afirma a doutrinadora:

a responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar (...). Paralelamente, significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Poder-se-ia dizer, assim, que uma vida familiar na qual os laços afetivos são atados por sentimentos positivos, de alegria e amor recíprocos em vez de tristeza ou ódio recíprocos, é uma vida coletiva em que se estabelece não só a autoridade parental e a orientação filial, como especialmente a liberdade paterno-filial.

Com o pensamento indo ao encontro dos doutrinadores acima, surge uma decisão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais³, considerada inovadora no que tange aos direitos dos filhos à indenização pelo abandono afetivo. Entendeu assim, o Nobre magistrado:

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos*: além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>> Acesso em 16 abr. 2018.

³ MINAS GERAIS. Tribunal de alçada do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível Nº 408.550-5. Relator: Juiz Unias Silva. 01 abr. 2004.



AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça⁴, acertadamente, reformou a decisão, fundamentando a reforma no fato de que não há de se falar em ato ilícito, haja vista que o pai não é obrigado a amar o filho, sendo então incabível a reparação financeira em se tratando de abandono afetivo.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.

A decisão, acima, só demonstra que apesar do que entenderam os magistrados de Minas Gerais, monetarizar as relações familiares não é proteger a dignidade do autor, mas sim macular a dignidade do réu. Por vezes, não é oportunizado ao pai o convívio com o filho, deve-se entender que a falta que enseja o pedido do filho é de carinho e afeto, dinheiro nenhum repara isso, ao contrário, apenas aumenta tal distanciamento.

Que relação será possível entre pai e filho após uma condenação? Tornou-se mais difícil uma aproximação.

2. A INDENIZAÇÃO RESOLVE O PROBLEMA? A MONETARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE AFETO

Neste ponto faz-se necessário uma reflexão sobre os diversos tipos de família, não há dúvidas que com a evolução temporal e da sociedade não há mais espaço para apenas a família tradicional, unida pelo casamento e os filhos oriundos dessa união, tendo surgido diversos tipos indo ao encontro dos anseios da sociedade.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁵, o conceito de família é relativo, “(...) é fruto de uma série de influências das mais variadas, cumprindo assinalar que as modificações ainda se encontram em andamento”.

Por certo, os membros do Poder Legislativo reconheceram as mudanças na sociedade e alterações na ordem jurídica. Sobre o tema, em síntese, Paulo Lôbo⁶, assevera:

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757411 MG 2005/0085464-3. Relator: Min. Fernando Gonçalves, DF, 29/11/2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-7574411-mg-2005-0085464-3>>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19.

⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.p.01.

- a) a proteção do Estado passou a alcançar qualquer entidade familiar, sem restrições;
- b) a família, entendida como entidade, assumiu claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações;
- c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, receberam primazia sobre os interesses patrimoniais;
- d) a natureza socioafetiva da filiação tornou-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica;
- e) consumou-se a igualdade entre gêneros e entre filhos;
- f) reafirmou-se a liberdade de constituir, manter e extinguir a entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal.

Extraí-se do entendimento dos nobres doutrinadores que na atualidade o que une os entes de uma família não é relação sanguínea, mais sim o afeto. Neste passo a notável professora Maria Helena Diniz⁷, afirma que ao olhar para a família “(...) possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade”.

Com isso conclui-se que ajuizar uma ação com pedido de reparação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, desde que de forma responsável, e sempre levando em consideração a razoabilidade e proporcionalidade. Além do que, como vem sendo, acertadamente, obrigado na jurisprudência, é preciso a colheita de prova pericial, psicólogos e assistentes sociais, o que, pelo menos em tese, diminui a incidência da monetarização das relações afetivas.

Entende Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁸:

O risco de o abandono afetivo transformar-se em carro-chefe de uma indústria indenizatória do afeto certamente existe, mas o Poder Judiciário pode evitá-lo, desde que, a cada caso concreto, se fizer a necessária análise ética das circunstâncias envolvidas, a fim de verificar-se a efetiva presença de danos causados ao filho pelo abandono afetivo paterno, ou materno.

O presente artigo se preocupa com essa banalização das relações afetivas. É notório que diversas ações vêm sendo demanda em todo o país e que em muitas, realmente, o que se busca é uma reparação por todo sofrimento que o distanciamento com o ente causou, todavia, por outro lado, a quem busque enriquecer com a demanda, em comento, em detrimento do ente, ou ainda, punir este pela falta de carinho.

Neste esteio, é importante mencionar como balizou Hironaka⁹, sobre como deve ser visto o dano causado pelo abandono afetivo:

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.13.

⁸ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *O direito ao afeto na relação paterno-filial*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI5678,21048-O+direito+ao+afeto+na+relacao+paternofilial>>. Acesso em: 18 set. 2018.

⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade*. In: BASTOS, Eliana Ferreira; DIAS,



(...)O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

Com isso, caso não se comprove a macula aos direitos da personalidade, não há de se falar em dano moral e é por isso que se deve dar a tamanha importância da prova pericial, nestas demandas, sob pena de estar o magistrado corroborando com o enriquecimento sem causa do demandante.

É por esse olhar que não é uníssono entre as decisões dos Tribunais pátrios o dever de indenizar decorrente do abandono afetivo nas relações entre pais e filhos. Mostra-se demasiadamente difícil demonstrar o nexo de causalidade entre o abandono e o dano sofrido pelo filho, a possível responsabilização dos genitores, e, ainda, reduzir este possível dano a um quantum pecuniário.

Ocorre que, segundo entende grande parte da jurisprudência, o abandono pelo genitor se amolda, apenas, na esfera da moral, sendo incabível a condenação dos pais ao pagamento de indenização pelo abandono afetivo.

Neste sentido, a jurisprudência¹⁰:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL - INEXISTÊNCIA - A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. O abandono paterno atém-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam.

Também assim, vem entendendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹¹:

Maria Berenice (Coord.). A família além dos mitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 49-80. Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁰ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - *AC 1.0145.05.219641-0/001*. Relator Desembargador Domingos Coelho. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=91&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=91&totalLinhas=106&palavras=ABANDONO%20AFETIVO&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20upa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>.

Acesso em: 28 nov. 2018.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – *AC 2007.001.63727/RJ*. Relator Desembargador José C. Figueiredo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1GEDID=00030D2BB2EA788F2C1DEC5227083FC6CDA015F5C3575154&USER=>>>. Acesso em: 28 nov. 2018.



APELAÇÃO CÍVEL (...) AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE AFETIVIDADE. AUSÊNCIA. DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Ninguém é obrigado a amar ou continuar amando outrem. Hipótese em que o filho postula a compensação por dano moral em face de seu pai ao argumento da falta de amor. Com a separação dos pais, a regra geral é a de que haja um natural afastamento daquele que se ausentou do lar em relação aos filhos. Em casos tais, é mesmo comum a dificuldade de relacionamento entre ascendentes e descendentes, o que pode resultar em questões como as narradas nestes autos. Eventuais discórdias e mágoas recíprocas, além de outros infortúnios oriundos da conturbada relação, não podem ensejar a compensação pretendida.

Embora tais decisões não sejam unânimes e vão de encontro a exarada pela Ministra Nancy Andrighi, a qual falaremos em outro momento, são as mais acertadas, pois, data máxima vênia, as decisões no sentido inverso, corroboram com a monetarização do afeto e afastam-se do real motivo que, pelo menos em tese, é a causa de pedir do demandante, a compensação pela falta de afeto.

Carinho, amor e afeto devem ser compensados com carinho, amor e afeto; dinheiro não resolve o problema, acaba por amplifica-lo. Motivo pelo qual, o magistrado deve agir com extrema cautela no momento de condenar o genitor a indenizar o filho.

3. CUIDAR É DEVER? A OBRIGAÇÃO DOS PAIS DE PARTICIPAR DA VIDA DOS FILHOS

Como exaustivamente dito no presente artigo, as relações de família são pautadas principalmente no afeto, no entanto, é impossível compelir alguém a amar outra pessoa.

Por oportuno, é necessário entender o que é responsabilidade.

Neste passo, o Código Civil de 2002¹² determina que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

Já a doutrina traz diversas definições para o instituto, dos quais se destaca o conceito da professora Maria Helena Diniz¹³:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado,

¹² BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹³ DINIZ, op. cit. p. 35



por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Segundo a doutrinadora, é preciso que haja um ato praticado para que decorra a responsabilização. Por outro lado, Sérgio Cavalieri Filho¹⁴ define “em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Como se vê, são diversas as posições doutrinárias, mas, praticamente, todas vão na mesma direção sobre o que se define como responsabilidade civil.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁵, tratam a responsabilidade jurídica da seguinte forma: “pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências de seu ato (obrigação de reparar)”.

Após desembrulhado o conceito de responsabilidade, tanto pela doutrina quanto pelo que diz a lei, é necessário entender sobre como tal responsabilidade se encaixa no direito de família, em especial, nas relações entre pais e filhos objeto deste artigo.

A jurisprudência ainda é divergente sobre o cabimento da responsabilização civil pelo abandono afetivo, no entanto, a questão praticamente ficou resolvida em 2012 com o julgamento no STJ, no qual a Ministra Fátima Nancy Andrichi, proferiu um voto icônico, em que delimita onde surge a responsabilidade civil no abandono afetivo. Segundo ela, decorre da omissão pela falta de cuidado.

Para a Ministra¹⁶, “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no direito de família”.

Continua a Ministra¹⁷ em seu brilhante voto:

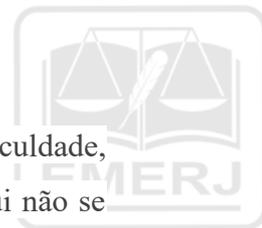
Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 24.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1159242/SP*. Relator: Min. Fernando Gonçalves, DF, 29/11/2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=COL&sequencial=14828610&formato=PDF>>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁷ BRASIL op.cit., nota 5.



Aduz ainda a Magistrada¹⁸, resumindo a questão definindo que “amar é faculdade, cuidar é dever”, e explica a diferença asseverando o que gera o dever jurídico: “Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. ”

Portanto, com fulcro no dito no julgado, chegasse à conclusão que o dever de indenizar surge da omissão no dever de cuidado que causa macula aos direitos da personalidade do agente, por, segundo ela, ser ato ilícito. Neste sentido, continua o voto da Ministra¹⁹ no sentido de que “negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal”.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite²⁰, um dos primeiros doutrinadores a falar sobre os danos causados pelo abandono afetivo:

toda separação brutal, sem atenuantes, particularmente para uma criança-jovem, é uma situação de alto risco para esta criança, tanto no plano afetivo quanto no plano cognitivo e somático; por isso, o direito positivo desenvolveu, atualmente instrumentos que permitem manter as relações pais-filhos após a separação, qualquer que tenha sido a causa.

Por conseguinte, é certo que para haver o direito à indenização deve ser descumprida a obrigação de fazer que é o dever de cuidar, motivo pelo qual não cabe a indenização nas ações em que o genitor não sabia da paternidade. Neste sentido, entendeu o Superior Tribunal de Justiça²¹:

CIVIL E FAMÍLIA. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE ACOLHIMENTO DE ABANDONO AFETIVO POR OMISSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. [...] 2. O desconhecimento da paternidade e o abandono a anterior ação de investigação de paternidade por mais de vinte anos por parte do investigante e de seus representantes, sem nenhuma notícia ou contato buscando aproximação parental ou eventual auxílio material do investigado, não pode configurar abandono afetivo por negligência. [...] .

Em suma, não há de se falar em divergência jurisprudencial, o que ocorre é muito simples, havendo negligência é cabível a reparação pelo dano moral, não sendo comprovado

¹⁸ BRASIL op.cit., nota 5.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Eduardo de Oliveira Leite. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1374778 RS 2013/0039924-3*. Relator: Min. Moura Ribeiro, DF, 18/06/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1374778&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 16 out. 2018.



nos autos que houve por parte do genitor a falta de cuidado, não deve ser dada a reparação moral.

Importante esclarecer, que na realidade, quando se busca a reparação, a causa de pedir é baseada na falta de afeto, motivo pelo qual, entende-se, que em verdade o pedido não deveria, pelo menos prima face, ser de reparação monetária, o pleito não deveria ser econômico, mas sim deveria ser oportunizado ao genitor reparar a falta sentida, por meio de uma obrigação de fazer.

Caso contrário, como bem visto pelo Desembargador Mário dos Santos Paulo²², “indenização por abandono afetivo, se for utilizada com parcimônia e bom senso, sem ser transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou em fonte de lucro fácil”, ou seja, estaria corroborando com o enriquecimento sem causa.

Por se tratar de verdadeira obrigação de fazer, vale trazer à baila o que preconiza o Código Civil de 2002²³, *in verbis*:

Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

Portanto, em analogia ao direito das obrigações, deveria ser cabido a parte, no momento do pedido na petição inicial, ao invés de fazer um pedido direto ser obrigado a fazer um pedido subsidiário, qual seja, primeiro que o genitor conviva com o filho, já que a causa de pedir é exatamente este vazio deixado pela falta do pai ou da mãe, a obrigação de fazer; caso o genitor se recuse ou seja impossível a convivência, somente aí, seria, tal obrigação, convertida em perdas e danos, ou seja, a reparação moral pelo abandono afetivo.

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 houve uma mudança paradoxal no entendimento das relações familiares, passando a se basear, tais relações, principalmente no afeto.

Desta forma, ante ao novo olhar dado a família, surgiram diversos debates sobre estas relações, entre eles, e talvez o mais importante, a possibilidade de responsabilização civil dos

²² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 2004.001.13664*. Relator: Des. Mario dos Santos Paulo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/grdcacheweb/default.aspx?UZIP=1GEDID=00031387F728A873405D9C6F32CE322BCEB391388C31D611E&USER=>>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

²³ BRASIL op.cit., nota 1.

genitores pelo abandono afetivo, questão amplamente discutida e controvertida na doutrina e, principalmente, na jurisprudência.

Quem defende a possibilidade da reparação civil argumenta no seguinte sentido: 1) nas relações entre pais e filhos, além do dever de assistência material existe um dever de assistência moral; 2) o não cumprimento do dever moral fere de morte princípios constitucionais e do Direito de Família; 3) a perda do poder familiar não é suficiente; 4) os pais tem o dever de participar da vida dos filhos; 5) a indenização tem função de caráter pedagógico, não se tratando de monetarização do afeto.

Ao revés, outra parte da doutrina e jurisprudência não se filia a tal entendimento. Para os defensores da impossibilidade de responsabilização civil nas referidas relações, o entendimento é o seguinte: 1) ninguém é obrigado a fazer nem deixar de fazer algo que a lei não proíba, e neste passo, a lei, somente determina que os pais deem assistência material, não havendo a obrigação de assistência moral; 2) não há como impor o afeto; 3) obrigar a convivência de pais e filhos, quando não há afeto, faria com que houvesse macula ao melhor interesse do menor; 4) a perda do poder familiar é a sanção cabível no caso de abandono; 5) o magistrado não pode obrigar que os pais amem seus filhos; 6) abandono afetivo não constitui ato ilícito, que é o que gera a reparação civil, na forma do art. 186 combinado com 927, ambos do Código Civil.

Sendo assim, com base nos ditames legais e principiológicos, bem como, os entendimentos jurisprudências e doutrinários, admite-se a possibilidade da reparação, no entanto, tal possibilidade deve ser vista com parcimônia.

Embora concorde-se que se deve proteger a família, não restam dúvidas que o Poder Judiciário, ao usar instrumentos para tal proteção deve ter cuidado, pois o Estado tem o dever de proteger a família, como se desprende dos arts. 226 e 227 ambos da Constituição da República, e pode ocorrer, por uma decisão judicial o fim de qualquer possibilidade de relação entre os entes.

Com o supracitado consegue-se entender porque a questão é tão controvertida na jurisprudência, a decisões invocando que as relações familiares não devem ter cunho financeiro sob pena de ocorrer a monetarização do Direito de família, e por tal motivo a decisão seria contrária à Constituição, já que o Estado não estaria cumprindo sua missão de proteção a entidade.

Todavia, na decisão paradigmática do STJ, REsp 1159242 SP, o voto da Ministra Nancy Andrighi, praticamente restou-se fulminada qualquer discussão afirmando que: “Amar é faculdade cuidar é dever”. No entendimento da magistrada então, foi considerado existir um



dever de cuidado, a omissão ou negligência em cumprir essa obrigação constitui ato ilícito que enseja o direito a reparação moral.

Conclui-se então, que se é possível afirmar que existe uma obrigação de cuidar, traçando um paralelo com o direito das obrigações, o autor, no momento da propositura da demanda, deveria não fazer o pedido direto de indenização, mas, como a causa de pedir se baseia no afastamento do genitor, deveria ser oportunizado a ele o direito ter o convívio com o filho, vez que, em diversas vezes o afastamento não ocorreu por culpa do pai, por exemplo em decorrência de alienação parental, sendo a melhor solução um pedido subsidiário, no qual se pediria que o pai tivesse o convívio com o filho, cumprindo sua obrigação de fazer, e se o genitor se negasse, só aí, a obrigação seria convertida em pecúnia, ou seja, em reparação por perdas e danos. Neste caso, o Estado estaria, realmente, cumprindo sua função de proteção a família.

Somente assim, existiria a possibilidade de união entre os entes e não ocorreria, por conseguinte o distanciamento entre pais e filhos.

REFERÊNCIAS

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

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757.411/MG*. Relator: Min. Fernando Gonçalves, DF, 29/11/2005. Disponível em <<http://www.portaljustica.com.br/acordao/41908>>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1159242/SP*. Relator: Min. Fernando Gonçalves, DF, 29/11/2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=COL&sequencial=14828610&formato=PDF>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1374778 RS 2013/0039924-3*. Relator: Min. Moura Ribeiro, DF, 18/06/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1374778&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tru>>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - *AC 1.0145.05.219641-0/001*. Relator Desembargador Domingos Coelho. Disponível em: <[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=91&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=91&totalLinhas=106&palavras=ABANDONO%20AFETIVO&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20lupa%](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=91&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=91&totalLinhas=106&palavras=ABANDONO%20AFETIVO&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20lupa%20)>



20para%20pesquisar%20as%20refer%20EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 28 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 2004.001.13664*. Relator: Des. Mario dos Santos Paulo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/grdcacheweb/default.aspx?UZIP=1GEDID=00031387F728A873405D9C6F32CE322BCEB391388C31D611E&USER=>>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – *AC 2007.001.63727/RJ*. Relator Desembargador José C. Figueiredo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1GEDID=00030D2BB2EA788F2C1DEC5227083FC6CDA015F5C3575154&USER=>>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. *O direito ao afeto na relação paterno-filial*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI5678,21048O+direito+ao+afeto+na+relacao+paternofilial>>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. *A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade*. In: BASTOS, Eliana Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 01

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível Nº 408.550-5*. Disponível em: <https://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: 19 fev. 2019.



PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Responsabilidade Civil por abandono afetivo*.
In: Responsabilidade Civil no Direito de Família Coord. Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa.
São Paulo: Atlas, 2015, p. 406.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Rômulo Vinicius Oliveira de Faria

Graduado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, confrontando-os com os princípios, valores, normas e preceitos trazidos pela CRFB/88. Primeiramente serão expostos os princípios que são objeto de questionamento. Depois, demonstrar-se-á a definição dos crimes de perigo abstrato, de modo a dar um correto posicionamento do instituto e afastar a tese da inconstitucionalidade, culminando, enfim, na análise da constitucionalidade de alguns crimes de perigo abstrato já tipificados no ordenamento, dando enfoque na desconexão existente com o sistema penal brasileiro.

Palavras-chave – Direito Penal. Crime. Perigo abstrato. Constitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. Da adequação dos crimes de perigo abstrato em relação ao sistema jurídico e seus princípios trazidos pela CRFB/88. 2. Os crimes de perigo abstrato e a presunção absoluta de perigo. 3. Controvérsias quanto à proporcionalidade da tipificação dos crimes de perigo abstrato. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como objetivo analisar os crimes de perigo abstrato, inseridos no contexto da sociedade atual e das funções inerentes ao Estado Democrático de Direito, em confronto com a atual Constituição da República e os princípios, valores, normas e preceitos fundamentais por ela irradiados.

Para tanto, abordam-se questões doutrinárias e jurisprudenciais, confrontando-se legislações, a fim de que se possa chegar a uma ponderação final a respeito da homogeneidade do ordenamento.

O Estado, muitas vezes atendendo a demandas populares, com o fim de proteger bens jurídicos individuais, busca coibir condutas que possuem, pela experiência social, elevado caráter ofensivo a tais bens jurídicos. Busca, por meio do Direito Penal, não apenas punir lesões depois que elas aconteceram, mas sim evitar que aconteçam.

Assim, condutas que geram perigo a um bem jurídico podem ser consideradas crimes, independentemente de dano. Nessa esteira, diferentemente dos crimes de perigo concreto, em que o perigo de dano ao bem jurídico deve ser comprovado, os crimes de perigo abstrato dispensam qualquer prova do efetivo perigo, pois este é presumido e não admite prova em contrário.



Indaga-se se seria o Direito Penal o meio adequado para atingir o objetivo de evitar condutas, ou se ele é, por natureza, apenas punitivo *ex post*. Além disso, se poderia o Estado, por meio de uma suposta presunção absoluta (*juris et de jure*), elevar um perigo abstratamente considerado ao *status* de crime. Por fim, se a forma como o legislador cuidou dessa modalidade criminosa foi adequada e proporcional.

Tem-se visto uma postura do legislador que atua com o objetivo de dar uma resposta aos anseios da sociedade, trazendo condutas que vêm causando grande abalo social ao campo do Direito Penal. Somado a isso, as penas cominadas não se demonstram condizentes, em sua maioria, com a dinâmica do sistema jurídico penal brasileiro, o que gera distorções que ferem frontalmente a proporcionalidade.

Assim, é justo que se faça uma análise acerca dessa modalidade criminosa, bem como se busque exemplos no ordenamento para demonstrar a postura do legislador brasileiro no que se refere à tipificação de condutas abstratamente perigosas e suas respectivas penas.

Inicia-se, portanto, no primeiro capítulo, a discussão sobre a adequação dos crimes de perigo abstrato frente ao sistema jurídico inaugurado pela Constituição de 1988, sobretudo seus princípios e valores.

Em seguida, no segundo capítulo, analisa-se se poderia o Estado considerar, em abstrato, como perigosa determinada conduta, enquadrando-a como crime, sendo irrelevante o dano ou mesmo o efetivo perigo, sem nem mesmo admitir prova em contrário.

Debate-se, por fim, no terceiro capítulo, se a forma como o legislador vem tipificando os crimes de perigo abstrato é constitucional, sobretudo em relação à proporcionalidade.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois parte-se de uma análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência para se chegar a uma conclusão final sobre o tema debatido.

Para tanto, a abordagem é qualitativa, sendo descritiva quanto ao objeto, adotando-se o procedimento bibliográfico, pois se analisa o instituto dos crimes de perigo abstrato aplicado na prática pelo legislador, confrontando com a disciplina constitucional, sopesando com os posicionamentos doutrinários condizentes com o tema.

1. DA ADEQUAÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM RELAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO E SEUS PRINCÍPIOS TRAZIDOS PELA CRFB/88

Hoje a Constituição é tida como norma suprema do ordenamento jurídico. Contudo, não foi sempre assim. Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes¹:

a assertiva de que a Constituição tem valor de norma – e de norma suprema do ordenamento jurídico –, se hoje passa por um truísmo, é, na realidade, um produto do pensamento constitucionalista, que culmina uma sucessão de registros de inteligência sobre o tema, muitas vezes desencontrados. O prestígio jurídico da Constituição, no momento presente, é resultante de uma urdidura de fatos e ideias, em permanente e intensa interação recíproca, durante o suceder das etapas da História.

Em um dado momento histórico, como forma de tentar colocar fim ao estado de guerra e regular as relações entre si, os homens se organizaram e realizaram um acordo, o Contrato Social, que estabeleceria, enfim, o Estado. Nas palavras de Canotilho², “a ordem política é querida e conformada através de um contrato social assente nas vontades individuais”.

A Constituição tem dois objetivos: conformar o poder político e garantir direitos e liberdades³. Desta forma, tem valor imensurável dentro da organização política e social do país, pois é por meio dela que os direitos e liberdades individuais são protegidos e o Estado é regulado para não violar essas liberdades, ao mesmo tempo em que deve buscar promovê-las.

No Estado Democrático de Direito brasileiro a Constituição da República ocupa o epicentro axiológico do ordenamento jurídico. Isso quer dizer que o ordenamento brasileiro é hierarquizado e todas as normas devem vassalagem à Constituição Federal. Assim, todas as leis e atos normativos precisam estar de acordo com ela, sob pena de inconstitucionalidade. Esse é o princípio da supremacia da Constituição.

A CRFB/88 trouxe um vasto rol de direitos e garantias individuais, previstos no art. 5º e seus incisos, cumprindo o primeiro papel de uma Constituição, que é garantir as liberdades individuais. Também, ao longo de seu texto, trouxe diversos regramentos com o objetivo de controlar o poder do Estado.

A CRFB/88 deve ser lida como um todo coeso e como um sistema, que irradia fundamentos para todo o ordenamento jurídico, de forma que deve haver harmonia entre o

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 58.

³ *Ibid.*, p. 57.



ordenamento jurídico e os objetivos da Constituição. Não basta apenas seu texto, mas os objetivos do sistema.

Desse sistema, é possível se extrair alguns princípios que, para nós, são bem relevantes, como: o princípio da *ultima ratio* que informa que o Direito Penal, sendo a forma mais severa de intervenção do Estado na liberdade, só pode ser utilizado como último recurso; o princípio da proporcionalidade, que tem como esferas a proibição do excesso e a proibição de proteção insuficiente; o princípio da ofensividade, que estabelece que o Direito Penal deve se atentar apenas para condutas que causem lesão efetiva ou potencial a bens jurídicos.

Deve-se, portanto, analisar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato a partir do sistema, como um todo.

O crime de perigo abstrato é conceituado amplamente como modalidade criminosa em que o Estado presume, por meio de uma presunção absoluta, a submissão de um determinado bem jurídico a um perigo de lesão. Ou seja, não há como afastar o crime, comprovando que não houve perigo no caso concreto, pois o Estado entende que aquela conduta sempre coloca em risco o bem jurídico tutelado, não admitindo prova em contrário.

Por conta disso, a inconstitucionalidade dessa modalidade criminosa vem sendo debatida, de modo que os críticos vêm apoiando seus posicionamentos nos princípios constitucionais que instruem o Direito Penal, como os da proporcionalidade, intervenção mínima, e em especial o da ofensividade.

Damásio de Jesus⁴ sustenta que delitos de perigo abstrato não são admissíveis no ordenamento nacional, por violar a ofensividade, já que mesmo que a conduta seja inócua impõe-se a condenação. Luiz Flávio Gomes⁵ também defende que tal modalidade criminosa seja inconstitucional, pois entende que o perigo abstrato só é válido no campo do direito administrativo, por violar o princípio da ofensividade. Luigi Ferrajoli⁶ também vê violação ao princípio da ofensividade, pois, quando não se verifica no caso concreto o efetivo perigo, o que se castigaria seria apenas a desobediência ou violação formal da lei.

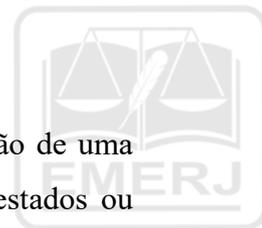
O princípio da ofensividade, além de ser visualizado no art. 13 do Código Penal, também pode ser extraído, segundo Damásio de Jesus⁷, do art. 98, I da CRFB/88. Possui

⁴ JESUS, Damásio E. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Lei Seca: Acertos, Equívocos, Abusos e Impunidade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Curso_de_Direito_Penal_Luis_Flavio_Gomes.doc>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 440.

⁷ JESUS, Damásio E. *Código penal anotado*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 2.



quatro esferas principais, proibindo a incriminação atitudes internas, a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, a incriminação de simples estados ou condições existenciais, e a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Traz também a ideia de que a privação da liberdade e restrição de direitos do indivíduo deve ser medida essencial à proteção das pessoas, da sociedade e dos bens jurídicos⁸.

Tal princípio comporta, em seus fundamentos, a lesão potencial de bens jurídicos. Tanto é assim que não há na doutrina qualquer discordância quanto à constitucionalidade dos crimes de perigo concreto – nos quais o perigo deve ser comprovado. O que se vê com isso é que a discussão não reside, essencialmente, na lesão potencial a um ou outro bem jurídico, nem no princípio da ofensividade em si, pois a potencialidade de lesão não o ofende. A potencialidade existe tanto nos crimes de perigo concreto quanto nos de perigo abstrato, a única diferença é que em um o perigo deve ser comprovado no caso concreto, e no outro o perigo é presumido. O que não se aceita mesmo é que o perigo seja presumido pelo Estado.

Luís Greco⁹ sustenta a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, pois entende que a diferença entre crime de lesão, de perigo concreto ou abstrato integra a estrutura do delito, não tendo relação com a questão do bem jurídico. Roland Hefendehl¹⁰, também defende a modalidade, que se legitima quando se presta a proteger bens jurídicos de primeira ordem. Claus Roxin¹¹ vislumbra um princípio de proteção a bens jurídicos de forma modificada, no qual o comportamento culpado ainda estaria longe da lesão, mas aceita a figura, com a ressalva de que sua legitimidade deve ser avaliada caso a caso.

O STF¹², em 2012, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 102.087/MG, enfrentou a questão dos crimes de perigo abstrato, e entendeu, acertadamente, que tal modalidade, quando analisada em si, é constitucional. Trecho do acórdão merece destaque:

a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o

⁸ GRECO, Rogério. *Código Penal: Comentado*. 7. ed. Niterói, RJ: Imputus, 2013, p. 4.

⁹ GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Brasil, v. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004, p. 135.

¹⁰ HEFENDEHL, Roland. *¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto*. Traduzido por Eduardo Salazar Ortuño. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. n. 19, 2001, p. 152.

¹¹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: 2009, p.28.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102087/MG*. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 11/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1507337>>. Acesso em: 18 de abril de 2018.



legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

Muitas vezes, pela experiência social, algumas regras se mostram inócuas e o legislador tem o dever de agir de maneira a conferir a proteção adequada de um bem jurídico. É possível tenha chegado ao último recurso, que é o Direito Penal, para coibir condutas que se mostraram ao longo dos anos verdadeiramente danosas à sociedade. Inclusive, tendo em conta o princípio da proporcionalidade na sua esfera de proibição de proteção insuficiente, impedir o legislador de conferir a proteção que se mostra adequada é negar o referido princípio.

A experiência social mostra, em grande parte das vezes, que o crime de perigo abstrato é a proteção suficiente que um bem jurídico precisa, ou podem existir condutas tão ameaçadoras que mereçam maior desvalor, justificando essa proteção do Estado, que tem o dever, fundado no princípio da proporcionalidade, de proteger de maneira efetiva esse bem jurídico.

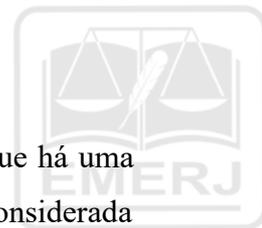
Portanto, a criação de crimes de perigo abstrato não é, por si só, inconstitucional, pois pode ser a medida adequada para proteger determinados bens jurídicos. Não viola os princípios da ofensividade, da *ultima ratio*, ou da proporcionalidade, pelo contrário, os privilegia.

Pode-se ainda discutir sobre o perigo de lesão existente nos crimes de perigo abstrato, uma vez que existem condutas assim tipificadas, como dirigir embriagado, que podem ser inócuas a um primeiro olhar. Assim, passa-se à análise dessa problemática.

2. OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO, A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE PERIGO E A CONSTITUIÇÃO

Primeiramente, deve ser ressaltado que a questão controvertida envolvendo os crimes de perigo abstrato não guarda relação com o bem jurídico, pois um crime de perigo abstrato pode proteger exatamente o mesmo bem jurídico protegido por um crime de lesão. Como sustenta Luís Greco¹³, o debate não é sobre “o quê” proteger, mas sim “como” proteger, ou seja, se por crimes de lesão, perigo concreto ou abstrato, subsumindo-se a discussão à estrutura do delito.

¹³ GRECO, op. cit., p. 118.



Os crimes de perigo abstrato podem ser considerados como aqueles em que há uma presunção absoluta de perigo, de maneira que a conduta tipificada é sempre considerada potencialmente lesiva ao bem jurídico tutelado, sendo irrelevante qualquer análise posterior se a conduta colocou em efetivo perigo o bem jurídico.

A crítica que normalmente se faz aos crimes de perigo abstrato fundamenta-se, basicamente, no princípio da ofensividade. Ocorre que tal princípio informa que o Direito Penal deve voltar seu olhar a condutas que causem lesão efetiva ou potencial a um bem jurídico. A potencialidade lesiva integra o referido princípio.

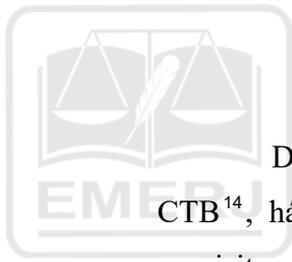
A potencialidade de lesionar um bem jurídico está presente tanto nos crimes de perigo abstrato como nos de perigo concreto. Não há qualquer discussão sobre a constitucionalidade destes últimos, e a única diferença entre eles é que no primeiro o perigo é presumido e no segundo deve ser comprovado.

Dessa forma, é inevitável constatar que o problema não está na potencialidade lesiva, mas sim na desnecessidade de comprovação do perigo na situação concreta, no caso dos crimes de perigo abstrato.

Ocorre que a melhor definição de crime de perigo abstrato deve ser conceituado como modalidade criminosa em que há potencial lesão a um bem jurídico e a situação de perigo deve ser analisada sob uma perspectiva *ex ante*. Não há presunção absoluta de perigo, mas uma perspectiva diferente no momento de sua aferição.

Uma conduta pode ser analisada sob duas perspectivas: *ex post* e *ex ante*. Soba perspectiva *ex post* são colhidas todas as informações existentes, tanto as anteriores como as que sucedem ao resultado. Assim, é possível analisar, como no caso dos crimes de perigo concreto, se a conduta foi potencialmente lesiva na situação concreta, pois a aferição será feita após o término da conduta, ou seja, *ex post*, sopesando as consequências, particularidades e dados existentes antes, durante e depois da prática da conduta. Já na perspectiva *ex ante* a conduta criminosa só é analisada no momento de sua realização com as informações existentes antes de sua ocorrência, antes do resultado ocorrer, ou seja, levam-se em conta somente os fatos conhecidos até o momento da prática da conduta.

Assim, pela análise *ex ante*, consideram-se os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da conduta para determinar se aquela conduta tem ou não potencialidade lesiva a um bem jurídico. Não há uma presunção absoluta de perigo. O perigo será analisado efetivamente, mas será desconsiderado tudo aquilo que suceder à conduta.



Dessa forma, no caso do crime de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do CTB¹⁴, há uma análise *ex ante* da conduta. Verifica-se se o condutor está inserido nos requisitos do §1º. Despreza-se, contudo, que se comprove que a conduta foi inócua, pois isso já seria uma análise *ex post*, já que essa informação só foi adquirida após a prática da conduta.

Assim, não se sustentam as críticas que se fazem sobre os crimes de perigo abstrato, em especial quando se baseiam no princípio da ofensividade. A ofensividade engloba a potencialidade lesiva, e esta, nos crimes de perigo abstrato, é exatamente a mesma dos crimes de perigo concreto. A diferença entre eles não está na valoração da potencialidade, mas sim nos momentos em que a análise da potencialidade é feita, ocorrendo, nos crimes de perigo concreto, sob uma perspectiva *ex post* e nos de perigo abstrato, *ex ante*.

Não há como sustentar a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato por si sós, pois a sua criação pode ser a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídicos. Baseando-se na experiência social, o legislador pode se valer dessa modalidade criminosa para proteger bens jurídicos da melhor forma possível, como no caso do delito de embriaguez ao volante, que entre 2002 e 2010 o número de acidente envolvendo pessoas embriagadas teve alta de 25%.

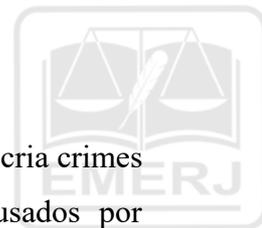
Não subsiste ainda o argumento de que os crimes de perigo abstrato só seriam válidos na esfera administrativa. Nelson Hungria¹⁵ ensina que a diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo é puramente quantitativa, ou seja, pune-se mais severamente no campo penal. De resto, ilícito penal e administrativo são substancialmente idênticos, exceto pelo órgão aplicador da sanção. Sustenta que:

a punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece, como já frisamos, senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito administrativo de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório *strepitus iudicii*.

O princípio da proporcionalidade, em sua vertente que demanda proteção suficiente, exige que o Estado proteja bens jurídicos da forma necessária. Muitas vezes, um determinado bem jurídico somente será suficientemente protegido por meio de crimes de perigo abstrato. Trata-se de opção política do legislador, livre de qualquer inconstitucionalidade.

¹⁴ BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

¹⁵ HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 24-31, 1945.



Também não há violação ao princípio da *ultima ratio* quando o legislador cria crimes perigo abstrato baseado em dados concretos acerca dos reiterados males causados por condutas antes não tipificadas como crimes, pois restou demonstrado que os outros ramos do Direito falharam na efetiva proteção do bem jurídico.

Portanto, pela análise do instituto dos crimes de perigo abstrato identifica-se que não há óbice à sua criação, desde que necessários à devida proteção do bem jurídico tutelado, pois não há impedimento, pelo princípio da lesividade, que o Estado tutele a ameaça aos bens jurídicos. Ademais, com a ineficiência dos outros ramos do Direito, a atuação estatal por esta forma encontra amparo no próprio princípio da proporcionalidade, pois o Estado precisa adotar a medida que seja suficiente para assegurar os direitos e liberdades individuais, sob pena de violação deste princípio na esfera de proteção insuficiente.

Ocorre que no Brasil, buscando dar uma resposta à sociedade, o legislador acaba por extrapolar os limites da sua legitimidade, violando o preceito de proibição de excesso trazido a nós também pelo princípio da proporcionalidade. Muitos delitos de perigo são punidos mais severamente que delitos de lesão, ambos tutelando o mesmo bem jurídico. Assim, cabe analisar a proporcionalidade na tipificação dos crimes de perigo abstrato.

3. DA CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E A PROPORCIONALIDADE NA SUA TIPIIFICAÇÃO

A atividade legislativa que busca proteger bens jurídicos com a criação de tipos penais que trazem crimes de perigo abstrato é legítima. Não há qualquer inconstitucionalidade no instituto dos crimes de perigo abstrato. O STF já se manifestou em mais de uma oportunidade sobre a constitucionalidade dessa modalidade criminosa.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 109.269/MG, que trata sobre o delito de embriaguez ao volante, crime de perigo abstrato, o STF¹⁶, contrariamente ao que decidiu o Juízo de 1ª instância, firmou o seguinte entendimento acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato:

HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 109.269/MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1507337>>. Acesso em: 26 set. 2018.



DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. [...]

IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.

V – Ordem denegada.

Quanto ao delito de posse de arma de fogo, também um crime de perigo abstrato, em 2005, o STF havia firmado entendimento acerca da atipicidade da conduta quando a arma estivesse desmuniada. Entretanto, em 2012, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 102.087¹⁷, mudou seu entendimento para considerar como típica a conduta. Reconheceu também, de forma geral, a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, conforme o seguinte trecho da ementa:

[...] A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. [...] Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional [...].

Portanto, não há, para o STF, inconstitucionalidade no instituto dos crimes de perigo abstrato. Entretanto, sua tipificação normalmente ocorre em momentos em que o legislador se sente obrigado a dar uma resposta à sociedade, em virtude de fatos ocorridos que causaram comoção social e que impulsionaram o Poder Legislativo a atuar. Como exemplo desse tipo de atuação legislativa, cogitou-se há alguns anos a tipificação do porte de arma branca, em virtude de alguns latrocínios praticados com faca em um curto lapso de tempo, ocorridos no Leblon, no Rio de Janeiro.

Assim, quando o legislador atua buscando dar uma resposta à sociedade acaba por extrapolar os limites da sua legitimidade, violando o preceito de proibição de excesso existente no princípio da proporcionalidade. Dessa forma, muitos delitos de perigo são punidos mais severamente que delitos de lesão, ambos tutelando o mesmo bem jurídico.

Por exemplo, o crime de embriaguez ao volante, presente no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro¹⁸, tem pena de detenção, de seis meses a três anos. O bem jurídico protegido, evidentemente, é a incolumidade dos indivíduos, bem como a vida. Entretanto, a pena para a lesão corporal culposa ao volante é de detenção de seis meses a dois anos. Isso quer dizer que se um cidadão sóbrio vem dirigindo com imprudência e culposamente atropela

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 102.087/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630023>>. Acesso em: 26 set. 2018.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 14.



e machuca alguém, terá pena máxima de dois anos de detenção. Já um cidadão que ingeriu quantidade de álcool acima de 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou 0,3 miligrama de álcool por litro ar alveolar, tendo comprometida a sua capacidade psicomotora, mesmo que não provoque nenhum acidente, pode ser condenado a pena de detenção de no máximo três anos.

Ora, se o bem jurídico protegido é a incolumidade física dos cidadãos, jamais o risco de lesão deveria ser punido com maior gravidade que a lesão efetiva. Não se pode também argumentar que o bem jurídico protegido é a vida, a segurança e a incolumidade física de todos os cidadãos, ou seja, que é um bem jurídico coletivo, o que legitimaria a pena mais elevada. Este é um clássico exemplo de soma de bens jurídicos individuais, conforme alertado por Roland Hefendehl¹⁹ e Luís Greco²⁰. Embora legítima na essência, a sanção estatal viola o princípio da proporcionalidade.

Outro exemplo dessa desproporção está no crime de disparo de arma de fogo. O Estatuto do Desarmamento²¹, no seu art. 15, pune o simples disparo de arma de fogo, evidentemente um perigo abstrato, com pena de reclusão de dois a quatro anos. Já a pena que o Código Penal prevê para o homicídio culposo é de detenção, de um a três anos.

Novamente há uma evidente desproporção entre a punição ao crime de perigo abstrato e a da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Em nenhuma hipótese se pode conceber a proporcionalidade da punição mais gravosa a quem comete um crime de perigo do que a quem comete o crime de dano.

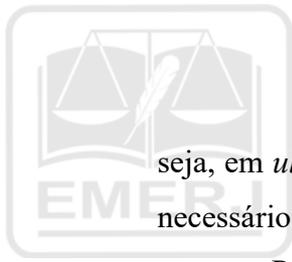
O constitucionalismo surgiu em meio à necessidade do povo de limitar os poderes de um Estado Absolutista, no qual os interesses da sociedade, os direitos e liberdades individuais eram relativizados. Houve a necessidade de se criar um documento escrito, que limitasse o poder do Estado e garantisse à sociedade os direitos de cada um. Tal documento é a Constituição. Assim, toda Constituição tem como propósito regulamentar o poder do Estado e garantir a cada cidadão sua liberdade.

Já o Direito Penal é a forma mais severa de limitação da liberdade que o Estado possui. Porém, ao mesmo tempo em que limita a liberdade de um assegura a liberdade do restante da sociedade. Contudo, exatamente por ser o meio mais severo de limitação da liberdade, a atuação estatal pelo Direito Penal somente pode se legitimar em último caso, ou

¹⁹ HEFENDEHL, op. cit., p. 154.

²⁰ GRECO, op. cit., p. 135.

²¹ BRASIL. *Lei nº 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 26 set. 2018



seja, em *ultima ratio*. Além disso, não se admitem restrições à liberdade além do estritamente necessário, violando a proporcionalidade.

Portanto, o Estado deve atuar comedidamente na tutela de bens jurídicos por meio dos crimes de perigo abstrato, já que é uma forma abrupta de limitação das liberdades individuais, respeitando os limites impostos pelos direitos, garantias e liberdades individuais. Toda tipificação de condutas como crime de perigo abstrato que não seja a última alternativa, que não seja o meio mais indicado para garantir a liberdade social, será inconstitucional.

CONCLUSÃO

Viu-se, portanto, que há divergência doutrinária acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Enquanto um lado busca extirpar da esfera penal a figura do perigo abstrato, sustentando violação a princípios basilares do Direito Penal, em especial o da ofensividade, o outro a aceita, pois não verifica qualquer violação. Apesar da discussão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é favorável a essa modalidade criminosa.

Restou exposto que nos crimes de perigo abstrato a verificação do perigo é feita a partir de uma perspectiva *ex ante*, de modo que somente se avaliam as informações existentes até o momento da prática da conduta, desconsiderando-se as informações posteriores. Não se verificou também qualquer violação aos princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da *ultima ratio* em sua essência.

Por conta disso, o entendimento a que chegou este pesquisador é de que os crimes de perigo abstrato não são inconstitucionais. O Estado, com o fim de proteger a segurança dos indivíduos estabelece critérios para definir quais condutas merecem resposta do Direito Penal.

Portanto, ficou evidente que os crimes de perigo abstrato, não são, por si sós, inconstitucionais. Embora se entenda pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, sua tipificação pelo legislador deve se dar de forma cuidadosa e responsável, respeitando os princípios e regras constitucionais.

Os crimes de perigo abstrato são um excelente mecanismo para a proteção de bens jurídicos, pois visam a evitar a ocorrência da lesão, o que é justo. Contudo, na medida em que se avance, o cuidado deve aumentar ainda mais para que num futuro próximo não se esteja punindo, por meio do Direito Penal, as pessoas pelo que elas são capazes de fazer e não pelo que, de fato, fizeram.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. *Lei nº 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 26 set. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102.087/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630023>>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102087/MG*. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 11/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1507337>>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei Seca: Acertos, Equívocos, Abusos e Impunidade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Curso_d_e_Direito_Penal__Luis_Flavio_Gomes.doc>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GRECO, Rogério. *Código Penal: Comentado*. 7. ed. Niterói, RJ: Imputus, 2013.

HEFENDEHL, Roland. *¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto*. Tradução Eduardo Salazar Ortuño. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. n. 19, 2001.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 24-31.

JESUS, Damásio E. *Código penal anotado*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: 2009.

O AUXÍLIO DA METÓDICA ESTRUTURANTE PARA PENSAR A DECISÃO

Sebastião Pereira da Silva Júnior

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – O presente trabalho consiste em discutir as proposições pós-positivistas do sopesamento, ponderação e otimização como métodos de decidir, e, a partir disso, expor a proposta de Friedrich Müller, metódica estruturante, como a posição mais satisfatória na superação da falta de critérios objetivos de verificação das decisões, o autor alemão teoriza um procedimento de integração do texto normativo por meio de dados sociais e interdisciplinares.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Metódica Estruturante. Decisão Judicial.

Sumário – Introdução. 1. Métodos tradicionais de solução de litígios e o abuso do sopesamento de princípios. 2. A intervenção judicial para a efetivação das normas e sua produção de efeito. 3. Teoria estruturante: procedimento de pensar a decisão e segurança jurídica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa visa a promover a teoria estruturante do direito de Friedrich Müller, bem como oferecer uma avaliação crítica das principais referências de interpretação dos textos jurídicos contemporâneas. Nesse contexto, a metódica estruturante sobressai como uma importante ferramenta para a construção de uma decisão fundamentada, transparente e objetiva. E isso é importante atualmente diante da utilização abusiva das técnicas de sopesamento, ponderação e otimização que muitas vezes leva a resultados opostos em situações semelhantes, vulnerando a segurança jurídica.

Trata-se de uma confrontação dos diferentes posicionamentos de interpretação do texto legal para construir a decisão judicial. A doutrina classifica a Constituição Federal de 1988 em Carta Política dirigente, tipo que assegura a aplicação dos direitos ali previstos de imediato e oferece ao jurisdicionado, na omissão do legislativo, a opção de socorrer-se no judiciário, como é o caso dos assim chamados “remédios constitucionais”. Vale ressaltar que a aplicação dos direitos fundamentais atende tanto a questões de direito público como questões de direito privado, em qualquer grau de jurisdição.

E por esse motivo, uma vez provocada a jurisdição, não se pode eximir de julgar alegando ausência de lei, consoante o princípio da vedação ao *non liquet*, art. 140, CPC. Assim, é franqueado ao judiciário estabelecer diretrizes para a fruição do direito programático, colmatando as lacunas como se legislador fosse. Entretanto, o método



escolhido para legitimar a opção do julgador deve necessariamente ser aferível racionalmente com o ordenamento jurídico e não estabelecer casuisticamente soluções de conforme preferências pessoais.

No primeiro capítulo, é tratada a ineficácia da argumentação pura e simples como meio de legitimar decisões. O que é especialmente revelado quando o caso concreto trata de relação de direito privado, em que há uma dificuldade de redução da interpretação à subsunção silogística. Nesse contexto, a ponderação não é a técnica mais adequada para solucionar tratamento de regras, antes é afeita a princípios e requer sopesamento.

No segundo capítulo da pesquisa, examina-se a sentença como ato argumentativo-pragmático no tratamento das situações judicializadas. Já é assente no arcabouço jurídico nacional a legitimação do judiciário para imiscuir-se no controle de políticas públicas. A legitimação para isso é constitucional pelo dever de fundamentação das decisões judiciais. Entretanto, a otimização de princípios não pode ser invocada para se eximir do dever de fundamentar.

No terceiro capítulo, a atenção recai sobre a concretização normativa de Friedrich Müller, a premissa central do método é da norma jurídica não ser simplesmente o texto legal, e sim o resultado da interação entre o direito e a realidade a que se destina, o que se estabelece a partir do imperativo legal e com necessária racionalidade dos argumentos, suprimindo as deficiências dos outros métodos, e isso se insere como fortalecimento da credibilidade das instituições jurídicas.

A metodologia hipotético-dedutivo orienta a pesquisa, com ênfase na análise dogmática em que a discussão do Direito se coloca de forma analítica e normativa. O exame dos métodos de interpretação é utilizado para investigar a racionalidade das decisões. Por fim, a análise da metódica estruturante visa a contribuir para a equalização do problema funcional das técnicas atuais. Nas considerações finais, faz-se um panorama do cotidiano e marca-se a adoção dessa decisão estruturada, sem exaurir a repercussão positiva e interdisciplinar do assunto aqui trato, uma vez que o método visa a promover transparência nos critérios escolhidos no julgamento das lides, como um caminho a ser debatido e utilizado no dia a dia dos tribunais.

O novo modelo pós-positivista em que se insere Friedrich Müller, que reconhece toda linguagem como indeterminada, e que o sentido é esclarecido diante do caso concreto, se insere no pensamento hermenêutico filosófico de Hans Georg Gadamer e sua guinada linguístico-pragmática, embora o método de Müller seja argumentativo e procedimental.

De modo que a teoria da argumentação está submetida a padrões e parâmetros de controle, que permitem um diálogo intersubjetivo em que sejam aferíveis os critérios racionais usados pelo intérprete do direito, ou seja, um diálogo aberto no qual todos os atores participam e são iguais a fim de minimizar vícios do judiciário.

1. MÉTODOS TRADICIONAIS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS E ABUSO DO SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS

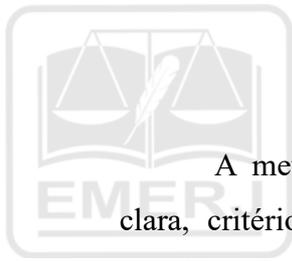
No cotidiano dos magistrados, é comum a diferença entre o que está previsto no texto legal e o acontecimento do mundo real, embora seja ínsito ao julgador impor escolhas para solucionar a questão, frequentemente as oportunidades de se tornar o “Juiz Hércules” vulnera a segurança jurídica. A subsunção, como análise fática e aplicação de regra, mostrou-se insuficiente para proteger valores plurais em um seio social diversificado.

De fato, não há mais espaço no estágio de desenvolvimento atual para decisões judiciais fundamentadas em decorrências de causa e efeito com o texto legal, uma relação lógica de subsunção mecânica que não capta do texto da lei sua polissemia. O texto legal, que contém diversas possibilidades de leitura, interage com o contexto social a que se destina e o julgador delimita o sentido e alcance da norma jurídica.

Nesse sentido, a aplicação imoderada dos métodos de otimização, sopesamento e proporcionalidade acaba desviando a atenção de eventuais problemas e dificuldades na chamada legitimação da decisão. O grande debate provém do déficit democrático do judiciário, qual seja, a discussão da legitimação dos juízes. Isso porque o uso dos métodos ou entendimento jurisprudencial de forma descontextualizada poderia favorecer a imposição de preferências do julgador. O entendimento atual é que a solução surge do desenvolvimento de uma argumentação coerente e consistente.

Um dos principais argumentos críticos sobre tais métodos, conforme ensina Virgílio Afonso da Silva¹, é a forma aberta por demais do método e que se prestaria a justificar qualquer opinião sem maiores fundamentações. Quanto à otimização, no que se refere aos direitos fundamentais, o critério de escolha de qual preceito fundamental deve prevalecer, prescindindo de uma argumentação criteriosa, não passaria de preferência da subjetividade do magistrado.

¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: Macedo Jr., Ronaldo Porto e Catarina, Helena Cortada Barbieri (org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.365.



A metódica de Friedrich Müller² visa à formulação de uma decisão com estrutura clara, critérios objetivos que possibilitem análise racional e sem esconder decisionismo moralista do julgador. O que se pretende afastar são as formulações genéricas repletas de fórmulas retóricas, que inviabilizam a análise com maiores detalhes e contextualizações na aplicação do direito ao caso concreto.

No entendimento de Habermas³, especialmente no capítulo 6 de sua obra *Between Facts and Norms: Contributions to Discourse Theory of Law and Democracy*, debatendo as contribuições de Dworkin quanto à inserção da moral no Direito, afirma a necessidade de decisões racionais embasadas na razão com argumentos motivados que satisfaçam a exigência de validade. Ele prossegue asseverando que a moral no Direito deve tender a universalização e não ao caso isolado.

Embora seja crítico ao julgamento apenas com base no sopesamento e na proporcionalidade por pensar que essa flexibilidade poderia supor desnecessidade de fundamentação, Habermas⁴ entende que a interpretação de princípios e valores deve ser feito como aquela das normas ordinárias.

Assim, o emprego de escolhas faz sobressair a amplitude do julgador para decidir questões por meio do sopesamento e o leque de opções a ser feita com perda da legitimidade de quem não foi democraticamente eleito.

De outro lado, o método de Friedrich Müller⁵ estabelece regras e ônus ao julgador para que a argumentação da decisão seja objetiva e sensível o suficiente para diferenciar o que é admissível na solução jurídica proposta no âmbito social. Para ele, “concretizar” significa “produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma demonstração e de um estado de direito”. Esse ajustamento lapida a grande variedade de razões e ações do julgador.

Obviamente a Metódica Estruturante não visa a eliminar totalmente o aspecto da autoridade de quem decide, seria impossível. No cotidiano dos tribunais há várias alternativas plausíveis a serem seguidas para se tomar uma posição, o que é feito por meio de uma imposição que dirime a dúvida jurídica do caso.

O caminho a percorrer para chegar ao ato final do magistrado de escolha é que deve ser juridicamente expresso por meio de entendimentos ponderados e construído amparado na

² MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. Tradução Dimitri Dimoulis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 10-13.

³ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1999, p. 238-286.

⁴ *ibidem.*, p. 259.

⁵ MÜLLER, op. cit; 2013, p. 197.

realidade social, no direito posto e argumentação racional. Trata-se de critérios e parâmetros para construir a argumentação do julgador.

Como ensina Ana Paula de Barcellos⁶, notadamente a racionalidade trabalhada nas ciências sociais não é aquela das ciências exatas, não se trata de exatidão do cálculo. E isso nem mesmo os positivistas buscavam. Por certo a norma não consegue prever todas as hipóteses sociais em seu campo de abrangência, restando espaços imprecisos que devem ser preenchidos pelo intérprete do direito.

Assim, o conhecimento racional obtido no Direito carrega em si a marca de intersubjetividade apoiada nos doutrinadores quanto à viabilidade de uma afirmação, isso para que o resultado obtido seja comunicável e aferível no arcabouço teórico.

O sopesamento e a otimização não podem servir de azo a decisões carregadas de opiniões e vontades do juiz, ainda que as acompanhem justificações de aparência jurídica. A aplicação desmedida desses métodos os torna como instrumentos puramente arbitrários e sem maiores justificações. O que se afirma fica ainda mais evidente quando se aplica a situações semelhantes soluções diversas, ou seja, um grau maior de imprecisão e insegurança jurídica, uma vez que o intérprete estaria livre para afastar, por meio de princípios, essa ou aquela regra legal.

Esse modo de interpretar, ainda que no contexto do pós-positivismo, mais se aproxima de formas de aplicação do chamado “Direito livre”, sem limites impostos pelo Estado Democrático, e privilegia o casuísmo desvinculando da norma.

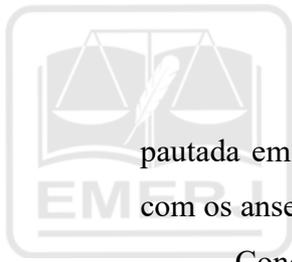
2. A INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA A EFETIVAÇÃO DAS NORMAS E SUA PRODUÇÃO DE EFEITOS

Ultrapassa em muito os limites deste trabalho enveredar pelos embates da teoria filosófica hermenêutica e, de outro lado, das teorias procedimentais argumentativas ou discursivas. A abordagem do trabalho procura dar pragmatismo às ferramentas passíveis de uso no cotidiano do magistrado.

A justificação das decisões judiciais não é apenas mérito de um magistrado virtuoso. O artigo 93 inciso IX da CRFB/88⁷ impõe a necessária fundamentação para que sejam lançadas via uma argumentação impregnada pela racionalidade jurídica posta. Assim, uma decisão

⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p 54.

⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.



pautada em normas e princípios constitucionais, que abrace o caso concreto e sua interação com os anseios sociais, produz decisões pertinentes à realidade de sua aplicação.

Conquanto superado o positivismo estrito, é equivocada a ideia de se desvincular do texto legal, o que de fato é contrário ao Direito e à metódica estruturante, que demonstra avanços nesse campo árido e é essência de uma norma judicial.

O risco de alvedrio se apresenta dirimido ante a criteriosa fundamentação das decisões judiciais, permitindo controle da juridicidade manifestada na argumentação e a fiscalização sobre as etapas processuais na construção pelo juiz da sentença, que é também feita pelos interessados que participam do processo, pelos membros do Ministério Público, pelos Advogados, pelos órgãos disciplinares, pelos órgãos recursais de grau superior, pela imprensa e pelo povo.

Há que se recordar, também, a orientação que emerge nos precedentes do STF⁸, a admissão de aplicação direta dos princípios constitucionais supõe situações limites, em que não se crê mais nada, por conseguinte o sopesamento de princípios encontra aplicação excepcional sem dispensar detida análise dos contextos sociais e técnico-jurídicos.

Entretanto, essa posição de deferência não é unanimidade. A esse propósito ressalte-se o magistério de Luís Roberto Barroso⁹ que defende a aplicação dos direitos fundamentais de forma imediata, independentemente de intermediação legislativa. Ele Leciona que: “a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos pode e deve prescindir do mandado de injunção como instrumento de sua realização”.

De outro extremo, no discurso do formalismo jurídico, às vezes produzindo sentenças com legalidade, mas sem justiça, que reduz o direito de forma positivista à letra da lei e tolera decisões materialmente injustas, o que também não cumpre a produção de efeitos jurídicos, acaba por fracassar com normas válidas e sem eficácia, uma vez que tenta engessar o meio social a que se destina por desprezar a dinâmica ínsita do humano.

Na lição Garantista de Alexandre Morais da Rosa¹⁰

Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados,

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF: Decisões*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. amp. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 263.

¹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* (Teoria geral do Direito). Florianópolis: Habitus, 2003, p. 15.

efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais.

Contrários a esse viés crítico do atuar do juiz como colmatador das lacunas entre as normas programáticas e seus efeitos sociais, os críticos do Ativismo Judicial constroem premissas teóricas de raízes históricas absolutistas, na qual o magistrado, escolhido entre os nobres, apenas sofria restrições nos casos em que julgaria interesses dos monarcas. Na investigação histórica de Dalmo de Abreu Dallari¹¹, o autor aduz a preocupação desses críticos com um exacerbado decisionismo que poderia surgir do Ativismo Judicial.

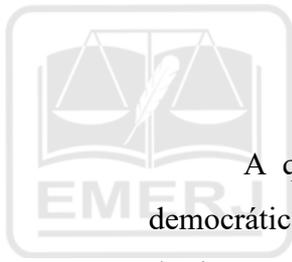
A metódica estruturante de Friedrich Müller¹² dispõe de condições para se averiguar a construção racional da decisão judicial, o que é também uma das exigências contemporâneas frente às incertezas das respostas tradicionais, que já cambaleiam como fontes seguras de referência e ordem frente aos escândalos e desmandos na cúpula do judiciário, muitas vezes aparentando estar nos dois lados quando se fala em repressão à corrupção sistêmica. Busca-se a segurança frente ao risco e à oferta de escolhas múltiplas do mundo informatizado como efeito da pós-modernidade, de modo a vincular a atividade interpretativa à racionalização metodológica e procedimental.

No contexto nacional, dirimindo parte dos riscos do decisionismo temido no pós-positivismo, alguns parâmetros traçados pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 são depositários de confiança como fonte de referência para um controle democrático do aparato judicial. A referida emenda procura, de certo modo, uma homogeneização do treinamento e da qualificação dos magistrados.

Talvez, como nunca, a respeito da defesa dos direitos fundamentais, a EC nº 45/04 tenha tornado mais democrático o acesso ao judiciário, porque a novidade não está tanto na figura disciplinar do CNJ, tendo em vista que já havia as corregedorias dos tribunais, mas sim na formação de um Poder Judiciário que visa a uma identificação contemporânea de transparência nas ações dos magistrados. Enfim, a mira que se propõe é a normativa, mas a questão objetivo-material não é desconsiderada, portanto o foco de aperfeiçoamento se reanima e alastra.

¹¹ Dalmo de Abreu Dallari em sua obra: *O Poder dos Juizes*, tecendo críticas à formação dos intérpretes do direito, aduz que frequentemente para a academia a posição de neutralidade dos julgadores é apontada como um dos fundamentos da legitimidade das decisões judiciais. A desconstrução é feita no sentido de se evitar uma posição de apatia do magistrado, mas reitera-lo de suas contribuições para o progresso social.

¹² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de Direito Constitucional*. Tradução Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 108.



A questão preponderante que o estudo demonstra, é a crítica sobre a legitimação democrática do magistrado para apreciar o cumprimento de um direito prestacional em detrimento dos atores eleitos pelo voto do povo, o que a doutrina procura resolver com o dever de fundamentação das decisões, a isso a metódica estruturante acrescenta qualificação técnica. Essa preocupação com a qualificação técnica e o acesso ao judiciário, é uma das respostas possíveis para compreender a limitação da festa técnica de sopesamento, diante de decisões que impõem uma obrigação de fazer sem previsão estrita em letra de lei.

Não obstante os entraves à aplicação direta dos princípios constitucionais, isso porque historicamente não há coerência normativa e técnica para se prescindir de uma mediação concretizadora. Como exemplo, veja-se que o art. 1º, III, da CFRB/88¹³, que eleva o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos alicerces do Estado Brasileiro, é pedra angular pela literalidade daquele artigo e, ainda, pela localização topográfica no Texto Magno, seja um descumprimento por omissão ou por política pública incompleta e aquém do mínimo existencial, esse princípio se prestaria a justificar qualquer posição do julgador.

De fato, a decisão judicial como ato argumentativo-pragmático tem feito frente a crescente juridicização de questões políticas marginalizadas pelos congressistas. O Ativismo Judicial surge em meio à passividade ou desinteresse dos políticos em normatizar questões sociais emergentes, e para esse novo desafio será necessário aperfeiçoamento das técnicas.

Em outros termos, quanto aos direitos prestacionais, ao manejar a ação exigindo a fruição de determinado direito, o entendimento do indivíduo de que o Poder Público tem uma obrigação é pressuposto implícito/lógico. Ora, se o particular exige é porque acredita numa contraprestação por parte do Poder Público. Para dizer se o magistrado pode ou não fazer, é preciso analisar a própria obrigação. Identifica se realmente existe a obrigação e qual a sua dimensão e a perspectiva da produção de efeitos de sua decisão.

Como se vê, o lugar do julgador diante do caso concreto é estrutura e concretizar o procedimento racionalizado de produção da norma, que para Müller é a norma apta a fazer justiça, sendo que a norma como produto do Poder Legislativa não é mais um ponto acabado para ser declarado, mas sim a partida para uma decisão constitutiva.

É certo, também, que a metódica estruturante é destacada neste trabalho, tendo em vista o sentido de alternativa ao positivismo estrito e o rechaçar do excesso de decisionismo. Esse aspecto é notório, pois o autor alemão parte do texto legal e o expande a realidade fática a fim de obter a norma aplicável. Destarte, seu método não apresenta uma teoria de aplicação

¹³ BRASIL. op. cit, nota 7.



do direito de forma ilimitada (“direito livre”), mas impõe ao magistrado limites concernentes ao próprio Estado de Direito e da Democracia. O objetivo é garantir a prolação de decisões racionalmente fundamentadas e com parâmetros de controles impostos pelo próprio ordenamento em si e na realidade constitucional.

3. TEORIA ESTRUTURANTE: PROCEDIMENTO DE PENSAR A DECISÃO E SEGURANÇA JURÍDICA

O ponto brilhante do método é se basear em um procedimento orientado a ser seguido para obtenção da norma no caso concreto. Essa estruturação utilizada pelos magistrados no cotidiano confere legitimação por meio de argumentos que sejam aferíveis racionalmente e pela demonstração racional do percurso seguido para obter a decisão.

Na construção deste capítulo, leva-se em conta a delimitação doutrinária dos requisitos para ingerência do juiz ao determinar o modo de fruição de um direito assegurado constitucionalmente. Já é assente na arena acadêmica a possibilidade do controle judicial de políticas públicas, veja-se por todos o trabalho elaborado pelo juiz capixaba Américo Bedê Freire Júnior¹⁴, que em sua dissertação de mestrado fez importantes avanços na seara do controle judicial de políticas públicas.

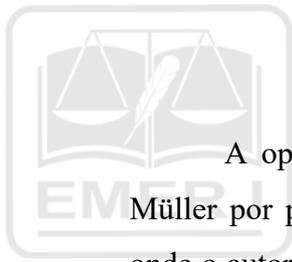
As novas formas de leitura dos textos constitucionais a partir de meados do século XX abarcam diferentes métodos de aplicação do direito. Sem olvidar que pela sociedade globalizada em si, as próprias teses jurídicas acabam dialogando experiências, o que é um movimento natural e adquire uma maior visibilidade nos tempos atuais. Note-se que não há necessariamente um ponto de concordância entre os diversos métodos.

Portanto, é necessário que o provimento judicial seja efetivo, construído amparado na justiça material e com base nas prioridades e sentir da sociedade. Tudo isso tem a ver com a opção feita na Carta política 1988. Constituição que Sarmiento e Souza Neto¹⁵ com maestria ensinam ser ela classificada como dirigente:

[...] são constituições ambiciosas, que incorporam direitos prestacionais e diretrizes programáticas vinculantes, que devem condicionar as políticas públicas estatais. Ademais, elas não tratam apenas da organização do Estado e das suas relações com os indivíduos, mas também disciplinam relações privadas, enveredando por temas como economia, relações de trabalho, família e cultura.

¹⁴ FREIRE Jr. Américo Bedê. *O Controle judicial e políticas públicas*. 2004. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito), FACULDADES DE VITÓRIA – FDV, Vitória – Espírito Santo, 2004.

¹⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.87.



A opção pela metódica estruturante é feita tendo em vista o interesse de Friedrich Müller por países em desenvolvimento como Brasil e África do Sul, democracias recentes onde o autor pesquisou e consolidou sua tese. Esses países, à época dos estudos, estavam em transição para constituições democráticas em oposição a regimes constitucionais outorgados. Por certo, para experimentação da teoria de concretização das normas, uma vez que sua doutrina confere ao intérprete um roteiro para pensar a decisão, encontrou nesse ambiente fecundo de transição e incertezas um meio transparente para atuação do magistrado a fim de afastar as inseguranças das interferências políticas escusas de outrora, se se pode dizer outrora.

O método concretizador procura superar a interpretação de cunho subjetivista reconhecendo que toda a linguagem é indeterminada, sendo o seu sentido aclarado no caso concreto. Agregue-se a esse entendimento a opinião de Branco e Mendes¹⁶ para quem o método concretizador parte da premissa de que o intérprete tem uma pré-compreensão do texto legal e que concretiza a norma em uma dada situação histórica:

[...] para obter o sentido da norma, o intérprete arranca da sua pré-compreensão do significado do enunciado, atuando sob a influência das suas circunstâncias históricas concretas, mas sem perder de vista o problema prático que demanda a sua atenção. O intérprete estabelece uma mediação entre o texto e a situação em que ele se aplica. Como salienta Canotilho, essa “relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete [transforma] a interpretação em movimento de ir e vir (círculo hermenêutico).

É uma análise do procedimento de realização do Direito no processo de expedição da sentença, no plano jurídico o ser kantiano surge da absorção dos dados da realidade, ou seja, do deve-ser. Melhor dizendo, a norma passa a ser uma produção de um processo que considera o texto da regra legislativa e a realidade social. Dessa forma, afasta-se da ideia positivista de norma hipotética na qual a realidade da vida deve se adequar.

Mais ainda, a metódica de Müller¹⁷ procura afastar a sobreposição do Poder Judiciário aos demais Poderes, procura, por meio da concretização das normas constitucionais, a efetivação dos direitos fundamentais. Isso porque, a orientação hermenêutica de Müller privilegia o contexto pós-positivista e pressupõe a preservação dos princípios republicanos e democráticos do Estado.

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. Atual, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99.

¹⁷ MÜLLER, Friedrich.. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 16-17.

O autor ressalta ainda que a interpretação constitucional assume importante papel no sistema democrático. E assim é porque o método concretizador de Friedrich Müller¹⁸ é normativamente orientado a partir da Carta Política. Ademais, o trabalho do julgador é considera os textos legais como sendo pré-formas da norma jurídica, norma essa que deverá emergir do caso concreto.

Friedrich Müller¹⁹ aduz que nas sociedades pós-modernas a existência de uma Constituição e sua aplicação estrita e vinculada à subsunção mecânica não é mais suficiente para soluções dos problemas sociais. O intérprete do direito tem se deparado com novas formas de entendimento das questões jurídicas para aplicação no caso concreto.

[...] a norma jurídica é mais do que o seu teor literal. O teor literal funciona, de acordo como o tipo de norma, de maneiras distintas, como diretriz e limite da concretização admissível. A interpretação do texto da norma é um componente importante, mas não único da implementação de sinais de ordenamento normativo em casos determinados. Por isso não mais devemos falar de interpretação ou explicação, mas sim de concretização da norma

Como se vê, o papel do Poder Judiciário é delimitar o alcance do sentido de uma norma em cada caso concreto. Müller²⁰ aduz que a normatividade de uma norma não decorre apenas do texto legislativo, esse sendo apenas o ponto de partida, mas é ainda influenciada pelos dados reais da questão em julgamento. Admitindo-se ainda a existência de casos em que o texto legislativo tem uma clareza, mas não é desde já aplicável.

Respeitando-se os textos elaborados pelos representantes do povo, a norma é dada em conformidade com os padrões aceitos pelo texto legal, comprometido com o Estado de Direito e a democracia, e esse é um dos elementos do processo estruturante da normatividade em Müller²¹.

Nesse sentido, escreve Sarmento e Souza Neto²²:

Para Müller, por exemplo, os elementos do âmbito normativo são hierarquicamente iguais aos elementos de interpretação textual. No entanto, os elementos de interpretação do texto tem precedência no que se refere à fixação do 'limite de resultados admissíveis' no processo de concretização constitucional. A interpretação gramatical e a interpretação sistemática devem fixar os limites para a decisão

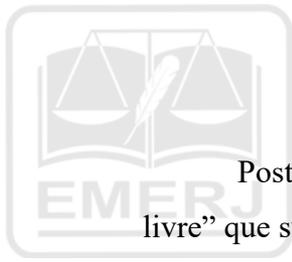
¹⁸ Ibidem, p. 52.

¹⁹ Idem, op. cit; 2013, p.103-108.

²⁰ Ibidem, p 107.

²¹ Ibidem, 203. Assim, para Müller a distinção que estabelece em sua teoria entre texto normativo e norma, requer do julgador uma postura ampliativa da leitura do texto normativa que transborda os métodos tradicionais de Savigny.

²² SARMENTO, op. cit., p. 238.



Posto isso, o método estruturante se desvincula das teorias denominadas de “Direito livre” que sustentam a aplicação do direito sem base no texto da norma através de argumentos juspolíticos. A aposta consiste na prática de um direito normatizado com elementos interdisciplinares que limitaram a ocorrência do decisionismo crônico.

O método concretizador procura superar a interpretação de cunho objetivista reconhecendo que toda a linguagem é indeterminada, sendo o seu sentido aclarado no caso concreto. O método estudado parte da premissa de que o intérprete tem uma pré-compreensão do texto legal e que concretiza a norma em uma dada situação histórica. E assim é para que a norma seja capaz de produzir efeitos e possuir normatividade.

Nesse viés, o julgador tem papel cooperativo no processo de concretização dos direitos fundamentais, ficando responsável, de forma racional e fundamentada no arcabouço jurídico posto, pela manifestação de uma tutela judicial, no âmbito da norma, que concretize o direito apreendido nas normas programáticas, em especial os fundamentais de cunho social que demandam uma obrigação de fazer.

CONCLUSÃO

A travessia desse século tecnológico evidencia que o direito não pode mais ser o mesmo e nem o juiz se vale unicamente da tradição. No cotidiano os pedidos estão envoltos em novos direitos, disciplinados de forma aberta por normas de conteúdo indeterminado, impondo ao julgador uma postura ativa.

A teoria de Friedrich Müller aqui trabalhada não é a solução pronta e inquestionável que resolve todos os males, como nenhuma outra teoria é. O que a torna mais palatável é o fato de compreender a normatividade como um processo estruturado, e isso a torna substancialmente coerente para obtenção de resultados defensáveis.

Nas sociedades pós-modernas, a existência de uma Constituição e sua aplicação estrita e vinculada a subsunção mecânica, não é mais suficiente para soluções dos problemas sociais. O intérprete do direito tem se deparado com novas formas de entendimento das questões jurídicas para aplicação no caso concreto. Assim, o trabalho do julgador é considera os textos legais como pré-formas da norma jurídica, norma essa que deverá emergir da interação entre o âmbito de incidência da lei e o caso concreto.

Esse trabalho põe em evidência a necessária incorporação gradativa dos direitos prestacionais à vida dos indivíduos na forma prevista na CRFB/88, que, diante do olhar pós-



positivista, é classificada como dirigente, muito embora tal gradação não possa ser obstáculo à implementação do mínimo existencial que, como visto, é a razão de ser do Estado.

Na teoria de Friedrich Müller é valorizado o aspecto orientador que o arcabouço jurídico pátrio tem, em conformidade com a realidade social, para a aplicação das normas constitucionais programáticas. Diante da ausência de manifestação do legislativo, a norma deve surgir de um processo dinâmico no qual o magistrado resolve o caso concreto, extraindo o sentido do texto constitucional e complementando-o com a leitura da adequação social a fim de expedir o texto-moldura a ser aplicado.

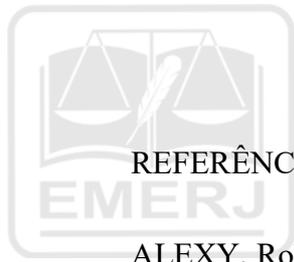
Não menos importante, está o diálogo com distintos setores do Poder Público que podem influir nas questões de ordem prática. Soma-se a isso também, com as modificações da EC nº45, a participação popular por meio dos legitimados na lei, movimentos organizados e técnicos no assunto versado, o que favorece a produção de decisões mais próximas do conceito de justiça. Como se vê, as ponderações doutrinárias afastam a chamada ditadura do judiciário, considerando que não há qualquer registro histórico de tal evento.

E mais, os juízes não devem se limitar a escutar as partes, têm que incidir sobre as formas de desrespeito com a eficácia dos direitos fundamentais determinados pela Constituição. Partindo do texto legal, que é plurissignificativo, se extrai o âmbito da norma, que é a amostra da realidade social vinculada à interpretação da lei. Segue-se uma argumentação jurídica capaz de legitimar as opções feitas pelo intérprete, a qualificação jurídica dos fatos e, por fim, emerge a norma jurídica na sentença.

Enquanto os políticos se mantêm na mídia dando suas opiniões em termos gerais e não se tem nenhuma incidência em termos práticos de políticas eficazes que visem ao mínimo existencial, o magistrado munido de formação técnica e apropriada coloca em prática os direitos previstos na Constituição Federal. Sabe-se, também, que neste desiderato o magistrado é norteado pelo Estado Constitucional Democrático de Direito que é indispensável a legitimação de suas decisões.

O grande feito de Friedrich Müller consiste em demonstrar as vantagens e qualificar a complexidade polissêmica do texto legal, e, a partir disso, o caráter pragmático de se aplicar o Direito derivando a decisão normativa do sentido do texto e da realidade social em que se manifesta o caso concreto.

Desse modo, o magistrado protagoniza um processo em que se destaca da legislação, pela argumentação lógica e coerente, o programa e o âmbito do texto legal aplicável, prossegue extraindo os fatores extralinguísticos, ou seja, o contexto fático, e decide pela norma aplicável entre as partes.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Contramajoritário, Representativo e iluminismo: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Direito & Praxis, Rio de Janeiro, Aheadofprint. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF: Decisões*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge, Mass: MIT Press, 1999.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de Direito Constitucional*. Tradução Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. Tradução Dimitri Dimoulis et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SIECKMANN, Jan-R. Sobre la fundamención de juicios ponderativos. In: *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. b. In: Macedo Jr., Ronaldo Porto; Catarina, Helena Cortada Barbieri (org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.



O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO AOS TRIBUTOS FEDERAIS ATÉ 20 MIL REAIS À LUZ DA DECISÃO DO STJ: UMA NECESSIDADE DE REANÁLISE CONFORME O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

Tamíres de Moraes Tinoco

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – O princípio da insignificância, forma de atipicidade material da conduta, tem sido aplicado aos casos de sonegação de tributos federais até o patamar de 20 mil reais, ferindo a igualdade, solidariedade e justiça à luz da Constituição da República, impedindo que se realize justiça social e aplicando uma visão parcial do garantismo. Esse quadro gera uma violação do bem jurídico, principalmente por ser um bem transindividual, de modo que implicitamente a sociedade ficará desprotegida ante a latente necessidade de coibição de tais condutas, para que não sejam incentivadas e que gerem um quadro de proteção deficiente. A essência do trabalho é verificar tais pontos, bem como a importância de cada conceito perante a dogmática penal.

Palavras-chave – Direito Penal. Princípio da insignificância. Tributo federal. Garantismo penal integral. Teoria social do bem jurídico.

Sumário – Introdução. 1. O patamar do princípio da insignificância para tributos federais: até que ponto a opção de não movimentação da máquina judiciária em âmbito cível condiciona a esfera penal? 2. O princípio da insignificância fere a teoria social que tutela o bem jurídico tributário. 3. A aplicação do princípio da insignificância atenta contra o garantismo penal integral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema do princípio da insignificância aplicado para tributos federais até o patamar de 20 mil reais como uma forma de tornar deficiente a proteção de bem jurídico penal, principalmente em razão de a insignificância penal não estar unicamente atrelada ao valor do prejuízo.

O princípio da insignificância, aplicado ao tema ora em comento, como uma forma de atipicidade material da conduta, foi analisado apenas sob o prisma do valor. Sendo que o critério estabelecido para a análise da insignificância envolve alguns requisitos como: ofensividade mínima da conduta; ausência de periculosidade social; reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão ao bem jurídico. É relevante destacar que o STF e



o STJ não analisam da mesma maneira os crimes contra o patrimônio, por exemplo, o furto, caso em que nem sempre aplicam o princípio da insignificância.

O tributo é um bem público, sendo revertido para as necessidades da própria sociedade, e a aplicação da insignificância, até 20 mil reais, poderia estimular a sonegação e em última análise, ferir a própria isonomia, afinal, o sujeito passivo é aquele que se qualifica como contribuinte ou responsável no âmbito tributário.

No caso, o dano em razão da sonegação fiscal continua latente, e a não propositura da mesma até o referido patamar, objetiva que não haja um dispêndio maior. O que se quer é que não haja a proteção deficiente na contenção de condutas indesejadas em prol da coletividade.

O garantismo penal do autor Luigi Ferrajoli, fortemente inspirado pelos ideais iluministas do século XVIII, tem como fundamentos garantias primárias – o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo – e garantias secundárias ou jurisdicionais – consistentes no dever, por parte do Estado-juiz de aplicar com efetividade a sanção quando praticada uma infração penal. O garantismo nasce do constitucionalismo e se faz necessário coadunar suas duas garantias, de modo a aplicarmos o garantismo de uma forma integral e harmônica, não apenas em sua vertente parcial, como uma forma de proteção unicamente dos direitos fundamentais do indivíduo.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho questionando a opção de não movimentação da máquina Judiciária no âmbito penal em razão da não propositura da respectiva ação na esfera cível.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, até que ponto o princípio da insignificância aplicado aos tributos federais, que não ultrapassam 20 mil reais, não ferem a tutela penal que se pretende conceder ao bem jurídico tributário.

O terceiro capítulo da pesquisa pretende demonstrar que o princípio da insignificância atenta contra o garantismo penal integral, gerando uma proteção deficiente do bem jurídico e estímulo à sonegação, refletindo diretamente na justiça social.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, vez que serão analisadas proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto de pesquisa com o objetivo de comprová-las e rejeitá-las argumentativamente.

Portanto, o objeto de pesquisa será necessariamente qualitativo, pois a pesquisadora pretende se valer de bibliografia relacionado à temática foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.



1. O PATAMAR DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA TRIBUTOS FEDERAIS: ATÉ QUE PONTO A OPÇÃO DE NÃO MOVIMENTAÇÃO DA MÁQUINA JUDICIÁRIA EM ÂMBITO CÍVEL CONDICIONA A ESFERA PENAL?

A tributação nasce como uma necessidade do Estado de Direito, pois a sociedade se organizou de tal forma que o cidadão teve de entregar ao Poder Público, uma parcela de poder, parcela de sua autonomia. Por sua vez, o Poder Público passou a exercer em monopólio algumas atividades tipicamente estatais.

Portanto, fruto da dinâmica social, da própria organização das pessoas em sociedade, surge a atividade financeira do Estado. Para a consecução de seus objetivos calcados na Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado necessita de valores e assim, necessitará angariar, organizar e gastar recursos com o fim de prover as necessidades da sociedade.

Se o cidadão, por meio do Poder Constituinte Originário outorgou poderes autônomos e exclusivos ao Poder Oficial, esse passou a exigir também um numerário, para o desempenho de atividades em prol da sociedade.

Portanto, as receitas se dividem em originárias e derivadas. Originárias são aquelas que o Poder Público não utiliza seu poder de império e sim, encontra-se em posição de igualdade com o particular, auferindo fundos conforme relações de direito privado. Nada mais é do que o Poder Público explorando seu próprio patrimônio. Por sua vez, a obtenção de receita pública derivada, o Poder Público se utiliza de seu poder de império e para tanto, edita leis obrigando o particular a realizar certos atos e que entregue aos cofres públicos valores, de forma heterônoma¹.

O tributo é uma receita pública derivada que consiste em uma obrigação de dar coisa certa em razão de um ato de império do Estado no exercício de sua soberania, sendo um bem público e, portanto, indisponível.

Em razão de ter natureza de bem público, sendo indisponível, gera uma atividade plenamente vinculada do Administrador. Assim, há uma obrigação de promover a realização de ofício. A atividade de cobrança se mostra indisponível e vinculada como regra.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão², equiparou o seu entendimento ao do Supremo Tribunal Federal, que já se posicionava no sentido de ser aplicável o princípio

¹ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 11 ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: *REsp nº 1.709.029/MG*, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 28/02/2018, 3ª Seção. Acesso em: 16 de abr. de 2018.



da insignificância para crimes tributários de valor até 20 mil reais³, mudando sua posição que já era consolidada e aceitando que as portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda, majorassem o patamar para 20 mil reais, alterando o patamar do princípio da insignificância.

Em síntese, entendia que a Fazenda não teria atribuição de vincular, em razão do não oferecimento de execução fiscal em âmbito cível, a esfera penal; ademais, o art. 20 da lei nº 10.522/2002⁴, não poderia ser alterado por portaria do Ministro da Fazenda, pois em última análise, uma portaria não teria força de alterar lei, e muito menos, em razão de critério político-fiscal, determinar como a jurisdição penal e todos os seus agentes devam atuar.⁵

O autor e professor Douglas Fischer⁶, entende que a aplicação do princípio da insignificância para delitos que tutelam bens jurídicos de natureza tributária seria uma verdadeira interpretação isolada do instituto em razão de uma suposta segurança jurídica em razão apenas de uma visão voltada apenas à proteção dos interesses individuais.

Ou seja, há que se analisar quando da aplicação de um instituto penal, o garantismo em sua versão integral, não apenas em prol dos direitos individuais do indivíduo, mas também, a contenção de condutas indesejadas em meio social.

Os julgados, em geral, condicionam o interesse da fazenda em propor execução fiscal ao âmbito penal, principalmente, justificando com base no princípio da intervenção mínima do Direito Penal e assim, a sonegação de tributos até 20 mil reais seria um irrelevante penal em razão da atipicidade material⁷.

Contudo, conforme regra da hermenêutica do direito, a ordem jurídica deve ser analisada como um todo harmônico, não se podendo interpretar um dispositivo de forma isolada das demais normas jurídicas⁸ e nesse sentido, o parágrafo primeiro do art. 20 da lei nº 10.522 informa que ultrapassando o valor, a execução será reativada.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: HC nº 120620/RS e HC 121322/PR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 18/02/2014. Acesso em 16 de abril de 2018.

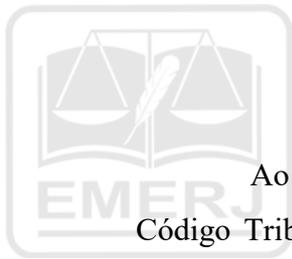
⁴ Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: *REsp nº 1.393.317/PR*, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 12/11/2014. Acesso em: 16 de abr. de 2018.

⁶ FISCHER Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 55

⁷ *Ibid.* p. 56.

⁸ GRAU apud FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 56



Ao realizar o lançamento e constituir o crédito tributário, conforme o art. 142 do Código Tributário Nacional⁹ (sem entrar no mérito sobre a divergência doutrinária no que tange a natureza jurídica do lançamento) há um lapso temporal para que o contribuinte efetue o adimplemento do tributo devido ou a Fazenda, em caso de não haver a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos moldes do art. 151 do CTN, poderá executar o valor do tributo. Contudo, por razões puramente econômicas, em tributos federais sonegados cujo valor seja de até 20 mil reais o contribuinte não terá uma execução fiscal contra si e muito menos a repercussão penal pela violação de bem jurídico, em razão do princípio da insignificância.

Há que se ressaltar que, quando requerido pela Fazenda, o arquivamento, a dívida não é cancelada e sim, permanece inscrita como uma dívida ativa. Podendo, inclusive, cobrar tais valores pelo protesto extrajudicial, demonstrando, portanto que os valores poderão ser cobrados de formas diversas.

Desta forma, a não propositura da execução fiscal pela Fazenda não quer dizer que seja um indiferente em razão da infração penal de sonegação dos tributos e sim, que apenas por questão operacional e econômica, não será acionado o Estado-juiz. Assim, a Fazenda deixa de cobrar os valores até 20 mil por ser mais custoso movimentar toda a máquina estatal.

Portanto, o parâmetro da não execução fiscal é um valor que não torna viável a propositura da demanda, pois tornaria mais custoso ao erário buscar tais valores¹⁰.

Todavia, a violação ao bem jurídico penal continua latente. Quando a lei nº 10.522 e posteriormente, as portarias 75 e 130 trataram do não oferecimento da execução fiscal foi para não penalizar duplamente a sociedade. Afinal, ao propor uma demanda com base no valor até 20 mil reais, haveria um gasto maior do que o dano ao erário¹¹. Contudo, ainda há interesse em coibir tal prática em âmbito penal.

Ademais, a aplicação imoderada do princípio da insignificância, ao vincular a atuação da esfera penal limitando ao valor de 20 mil reais, incentiva o cometimento de novas infrações penais.

⁹ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/157112469/stj-reve-distorcao-na-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-em-descaminho>>. Acesso em: 16:46h, 16 de abr. de 2018.

¹¹ FISCHER; CALABRICH; PELELLA, op.cit. p. 57.

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA FERE A TEORIA SOCIAL QUE TUTELA O BEM JURÍDICO TRIBUTÁRIO

O direito penal tem como missão tutelar bem jurídico, que são os bens essenciais para que se possa conviver em sociedade e assim, o funcionalismo é um movimento que surge para buscar a real missão do direito penal. Dentro dessa visão, podemos destacar como majoritário, no Brasil, o funcionalismo teleológico de Claus Roxin, que diz ser a função do Direito penal a exclusiva proteção de bens jurídicos. Sendo, portanto, um norte tanto para criminalização de condutas em sede de Política Criminal, como de efetivação da punição.

O direito penal moderno tem sua origem no período do Iluminismo e há a racionalização da punição, a partir desse momento, constatou-se que só pode proibir comportamentos de quem possa sobre eles refletir. Assim, o bem jurídico é um eixo da norma penal, bem como uma forma de proteção dos indivíduos.

Quando da análise de crimes tributários, ganha relevo o estudo da teoria social do bem jurídico que informa que o Direito Penal deve ser coerente com a ordem social a que se encontra vinculado. Não se deve analisar o bem jurídico de uma forma pessoal principalmente em razão dos valores em jogo, há um interesse social na realização de normas tributárias. A teoria social afirma que há ideais que permeiam o Direito Penal, dentre os quais, o de solidariedade, igualdade e justiça à luz do Estado democrático e social de direito, bem como do direito penal econômico, ao qual está intimamente ligado¹².

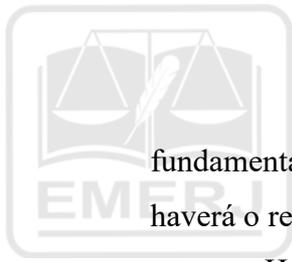
A sonegação fiscal coincide com a parte passiva dos direitos fundamentais, como manifestação da feição social. Desta forma, a aplicação do princípio da insignificância sobrecarregaria outros contribuintes¹³.

Ademais, há forte ligação entre a teoria social que tutela o bem jurídico e a Constituição, esta, figurando como limite no qual o patamar de proteção penal não poderá ser reduzido. Afinal, em uma visão lastreada no garantismo integral, proíbe-se não só o excesso como a proteção deficiente. A Constituição figura como mandado de criminalização em se tratando de política criminal.

A Constituição, desde Konrad Hesse, possui força normativa capaz de imprimir conformação à realidade política e social, sendo força ativa, e assim, possui força suficiente para que seus objetivos de justiça social sejam cumpridos. Dessa forma, há um dever

¹² PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 196.

¹³ Ibid. p. 189



fundamental de pagar tributos, por ser uma das formas de realizar a justiça social, ou seja, haverá o remanejamento dos valores para as necessidades do Ente com atribuição¹⁴.

Há que se destacar que o bem jurídico em questão tem natureza transindividual, sendo conexo à teoria social do bem jurídico, figura transversal entre o Direito Penal e o Direito Tributário. É um bem jurídico que se violado, ultrapassa a noção de infração penal de desobediência, principalmente em razão do forte caráter social, ferindo o bem jurídico quando há sonegação do tributo¹⁵.

O Brasil se filiou à teoria patrimonialista do bem jurídico, pois está vinculada à limites unicamente referenciais de valor, o próprio princípio da insignificância é aplicado como um suposto interesse fiscal na execução, confundindo o interesse público com o privado e deixando a violação do bem jurídico latente. Esse raciocínio acaba sendo utilizado pela jurisprudência, o que em última análise, gera um incentivo à sonegação, ferindo princípios como da capacidade contributiva e igualdade, impedindo que se realize a justiça social¹⁶.

A sonegação é conhecida como delito de luva branca ou crime de colarinho branco¹⁷ e tem como característica a manifestação de forma silenciosa que se reveste de vitimização difusa e uma forma aparente de licitude¹⁸.

A expressão “colarinho branco” foi apresentada por Edwin Sutherland, em 27 de dezembro de 1939, rompendo com a criminologia que até então existia naquele momento, e o seu objeto de pesquisa, questionava a razão pela qual a justiça criminal não alcançava criminosos ricos, com a mesma eficácia que atingia os indivíduos que se encontravam em classes mais baixas. Portanto, havia um caráter seletivo do direito penal, sendo que em verdade, a infração penal se preocupa com fatos definidos em lei, e assim, não haveria uma discussão entre ricos e pobres¹⁹. Constatou que tais delitos são de alta complexidade, em razão de aparentarem suposta licitude, o que dificultaria a visibilidade pela sociedade. Portanto, o *modus operandi*, por vezes, se dá por meio de uma criminalidade organizada.

O Direito Penal Tributário se insere dentro do contexto do Direito Penal Econômico, sendo esse, um conjunto de regras e princípios penais, relacionados tanto de forma direta como indireta, com a intervenção do Estado na economia e que envolvem a

¹⁴ Ibid. p. 196.

¹⁵ Ibid. p. 201.

¹⁶ Ibid. p. 204.

¹⁷ Ibid. p. 187.

¹⁸ Ibid. p. 187.

¹⁹ Ibid. p. 91.



transindividualidade do bem jurídico, o exercício da empresa como fonte desse bem, bem como a própria aplicação do princípio da insignificância.

É preciso destacar que o princípio da insignificância, tendo o seu critério de aplicação sido desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, não está exclusivamente ligado ao valor, em verdade, há uma série de vetores que devem ser analisados.

O critério objetivo exige que em cada caso concreto, de forma cumulativa, estejam presentes: a ofensividade mínima da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada²⁰.

Em que pese o norte dado para que o princípio da insignificância seja aplicado, os Tribunais Superiores tem usado apenas o aspecto quantitativo, qual seja, o da insignificância para tributos federais sonegados até o patamar de 20 mil reais, deixando de lado os demais vetores, principalmente em razão de o tributo ser um bem público, que será empregado em justiça social, para que assim, sejam cumpridos os valores contemplados na Constituição, que possui força normativa.

Portanto, o bem jurídico tributário tem um aspecto eminentemente social, ultrapassando a mera relação indivíduo e Fisco, para em última análise refletir na própria sociedade. Tendo esta o interesse que os tributos sejam arrecadados e que seus direitos fundamentais possam ser devidamente respeitados nos ditames constitucionais.

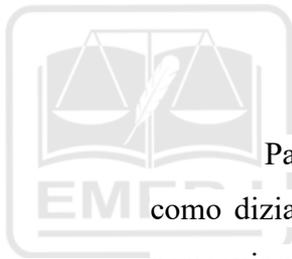
A análise restrita apenas ao critério quantitativo seria mais adequada à dogmática clássica do Direito Penal. Contudo, quando se entrelaça a direitos supraindividuais, a questão se torna mais complexa.

Um bom exemplo para auxiliar na compreensão seriam os delitos de acumulação, aplicado na Alemanha para os casos de poluição. Temos com os delitos de acumulação um olhar diferente para os bens jurídicos supraindividuais, pois as condutas devem ser levadas em conta em razão do acúmulo de outras, e não, de forma isolada.

A não observância dos reflexos de condutas em uma análise meramente isolada, ou abrir mão da tutela penal em razão de atipicidade material da conduta pode ocasionar crises econômicas.

Dessa forma, será que apenas o acúmulo de juros, ou a prática de várias sonegações, ultrapassando o valor de 20 mil reais levaria ao interesse da esfera penal? Seria apenas o critério quantitativo?

²⁰ FISCHER; CALABRICH; PELELLA, op. cit. p. 57.



Parece que pensar assim seria relegar a Constituição a uma mera folha de papel, como dizia Ferdinand Lassalle, afinal, estaria deixando, além de arrecadar o tributo, e não perseguir a sanção penal como desestímulo à sonegação, também, de se reafirmar que todos os cidadãos devem contribuir para o coletivo.

3. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ATENTA CONTRA O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

O ideal garantista surge como uma reação ao período totalitário da Itália (anos 70) por um grupo de juízes que formavam a Magistratura Democrática, sendo um dos integrantes o autor Luigi Ferrajoli, que desenvolveu uma doutrina de garantias que estaria fundamentada em uma Constituição²¹. Assim, pode ser dito que a teoria surge em meio à evolução do processo penal, quando o acusado passa a ser visto não mais como um mero objeto do processo, e sim como sujeito de direitos. O autor Douglas Fischer diz que essa era a ideia central e inicial²².

A própria atividade dos juízes deveria ter como norte a Constituição e todo seu arcabouço principiológico, portanto, o juiz não estaria mais submetido apenas à lei, como outrora, desenvolvendo uma interpretação meramente literal de adequação, mas sim, deveria pautar sua atuação em postulados constitucionais.

Nesse primeiro momento havia uma preocupação com os direitos individuais protegidos pela Constituição, contudo, com a evolução da humanidade, temos outros direitos (transindividuais) de igual relevância e que merecem tutela, bem como deveres que não devem ser esquecidos. Há que se fazer uma interpretação sistemática da Constituição²³.

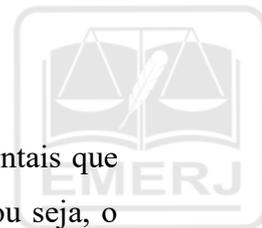
A ideia do garantismo, difundido no Brasil, parte da aplicação de apenas uma vertente, qual seja, a de proteção do indivíduo em face do Estado, a qual é denominada pelo autor Douglas Fischer²⁴ como garantismo hiperbólico monocular. É importante informar que essa é apenas uma das versões do garantismo proposto pelo autor Luigi Ferrajoli e por vezes distorcida em sua aplicação.

²¹ FISCHER Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade*: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 18 de setembro. 2018.

²² FISCHER; CALABRICH; PELELLA, op.cit. p. 31.

²³ Ibid. p. 32.

²⁴ FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade*: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 18 de set. 2018.



A teoria garantista de Luigi Ferrajoli²⁵ tem como base os direitos fundamentais que são protegidos pela Constituição e isso vai influenciar na atividade hermenêutica, ou seja, o intérprete terá como norte os valores consagrados para que possa extrair a norma e seus limites. Portanto, o intérprete da norma penal deve buscar os limites da matéria tendo como fim a constituição e seus valores essenciais.

Nesse aspecto, o ponto central é que há que se proteger também bens jurídicos e a própria sociedade, a proteção deve ser integral e não, monoclar²⁶ e hiperbólico²⁷. A interpretação que se faz do Direito Penal e do Processo Penal à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que é garantista, deve ser equilibrada. Contudo, por vezes vemos a aplicação monoclar, parcial, ensejando a ausência de efetividade dos institutos penais, gerando uma proteção deficiente, como o debate trazido ao trabalho.

Há uma aplicação desvirtuada da teoria, maximizando os direitos de primeira geração, tendo o Estado como um inimigo, ou Leviatã, e o esquecimento dos outros direitos fundamentais também contemplados na própria Constituição²⁸.

Portanto, a aplicação do garantismo deve ser integral de modo a contemplar todos os postulados constitucionais, resultado do próprio constitucionalismo e não, uma visão apenas em prol do acusado. Assim, o garantismo vai abranger tanto os direitos individuais como os transindividuais, bem como deveres fundamentais sejam do cidadão, sejam do Estado.

O garantismo não sugere a adoção do abolicionismo penal, mas sim, propõe um utilitarismo penal. Desta forma, não há um afastamento do Estado, em verdade, o seu poder punitivo passa a ser delimitado²⁹. Nesse sentido, surgem alguns vetores estruturais: o enfoque não apenas no direito individual, mas também no transindividual; o Estado, por sua vez, possui deveres não apenas de abstenção, mas acima de tudo, de prestação³⁰.

O exagero em proteger o direito individual, com aplicação despreocupada de institutos jurídico-penais leva à sensação de impunidade, assim, relegam-se os interesses sociais a uma proteção insuficiente ou deficiente. No Brasil há o predomínio da visão desvirtuada da Teoria do autor Luigi Ferrajoli.

²⁵ FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade*: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 18 de set. 2018.

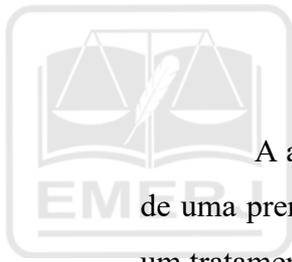
²⁶ Monoclar: Utilização da uma única vertente, uma ideia parcial da teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli.

²⁷ Hiperbólico: maximização de uma vertente a ponto de gerar uma desproporção na aplicação do Direito Penal.

²⁸ FISCHER; CALABRICH; PELELLA, op.cit. 33.

²⁹ PINHO, Ana Cláudia; NETO, Alfredo Copetti. *Garantismo Integral*: a “teoria” que só existe no Brasil. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>. Acesso em: 24 de setembro. 2018.

³⁰ Ibid.



A aplicação do princípio da insignificância gera um incentivo à sonegação, pois parte de uma premissa equivocada, meramente patrimonial do fato, e em consequência, estabelece um tratamento desigual entre contribuintes.

Além disso, a maior gravidade é que quando o Poder Público não arrecada, ele não investe em justiça social, ferindo em última análise a Constituição e prejudicando a própria sociedade, pois faltará recursos para serem implementados em políticas públicas.

O garantismo deve ser uma teoria de proteção dos indivíduos em face do arbítrio do Estado, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, contudo, não pode ser usado como forma de impunidade³¹ ou uma visão desequilibrada apenas *pro reo*.

Reduzir a tutela penal no que tange aos crimes federais até 20 mil reais é, em última análise, desproteger o bem jurídico tendo como critério único o valor, desconsiderando os fins Constitucionais. Esse minimalismo na proteção fere a Constituição.

Assim, temos de um lado a vedação de uma atuação excessiva do Estado e portanto, há um primado de proteção dos indivíduos, contudo, por outro lado, temos também a necessidade de uma atuação eficiente, no sentido de um ideal de proteção de outros direitos fundamentais, sendo vedada a proteção deficiente de tais direitos, afinal, ambos estão consagrados no texto Constitucional, ambos tendo importância.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou como problemática essencial, a existência de um conflito em razão da aplicabilidade do princípio da insignificância aos tributos federais até 20 mil reais e o garantismo em sua análise total, integral, de modo a vedar a proteção deficiente. O embate se deu em razão do Superior Tribunal de Justiça ter se posicionado como já entendia o Supremo Tribunal Federal.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que em relação aos tributos federais com valor estipulado até 20 mil reais, seria viável, em razão do princípio da insignificância, e tendo como norte o critério quantitativo, ser a conduta considerada atípica materialmente.

Por outro lado, a tutela do bem em tela deve ser analisada à luz do garantismo não em sua versão individual, um garantismo monocular que só leva em conta uma versão dos direitos fundamentais e nem de maneira hiperbólica, estendendo ao máximo essa proteção

³¹ FISCHER Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade*: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 18 de set. 2018.



parcial. A análise deve ser feita a partir do texto constitucional de forma integral, levando em conta o postulado da vedação da proteção deficiente.

Uma forma de realizar justiça social se dá com a arrecadação, atividade plenamente vinculada em razão de o tributo ser um bem público e, portanto, em regra indisponível, sendo revertido para as necessidades sociais após serem carreados aos cofres públicos.

Nesse sentido, os postulados constitucionais serão guias para a proteção dos direitos fundamentais em suas mais variadas dimensões. Trata-se de um sistema que abrange direitos e deveres que devem ser ponderados no caso concreto. Portanto, não existe apenas o dever de proteger os direitos fundamentais, sendo a tutela relegada aos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão.

O estudo da teoria em sua análise integral propõe o contrário, a análise deve ser feita de forma a conferir máxima efetividade à Constituição. Dessa forma, também temos um dever Estatal de agir em prol da sociedade.

Fruto das reflexões fundamentadas, que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que aplicar o princípio da insignificância aos tributos federais até 20 mil reais, tendo como norte o critério unicamente quantitativo, seria esvaziar o texto constitucional em sua proteção que deve ser integral. A aplicação pura e simples do critério quantitativo em prol do sujeito ativo do crime desvirtua os postulados constitucionais e em última análise, aplica a teoria garantista de forma parcial, desprotegendo a sociedade ao não arrecadar aos cofres valores que serão repassados para investimento em políticas públicas.

Conforme a teoria social do bem jurídico, quanto ao tema, o bem jurídico penal deve ser analisado sob o prisma da ordem social a que se encontra vinculado, principalmente em razão da natureza jurídica transindividual do bem jurídico em questão, atingindo em última análise, a própria sociedade.

Uma crítica que se pode fazer é que a não movimentação da máquina judiciária em âmbito cível não deveria condicionar a esfera penal, pois em que pese ser custoso ao Fisco movimentar a máquina pública em razão de tal valor, a violação do bem jurídico penal continua latente, devendo ser coibida a prática da sonegação. Tanto o é, que a execução fiscal fica suspensa. Portanto, por questões operacionais não pode ser a tutela penal deslegitimada, de modo a incentivar implicitamente tais condutas.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que o Brasil tem se utilizado de forma assídua de uma visão minimalista da proteção social e maximalista dos direitos individuais indiscriminadamente e uma das formas de tal constatação



foi averiguada no presente artigo, ao aplicar o princípio da insignificância restringindo ao critério meramente patrimonial. Assim, há utilização do garantismo do autor Luigi Ferrajoli em uma versão parcial, de forma a desproteger direitos transindividuais, que igualmente são tratados pela própria Constituição e que merecem igual proteção pelo Estado.

Nesse aspecto, a teoria social do bem jurídico está em consonância com a Carta Magna, propondo uma relevância social aos bens em jogo, tendo por fundamento ideais de solidariedade, igualdade e justiça. A conduta de sonegar tributo fere o erário público gerando uma lesão que ultrapassa a visão meramente individual, atingindo toda a coletividade, afinal, por meio dela, estará privando em última análise, a distribuição em justiça social.

Não se pode permitir que em delitos que tenham como sujeito passivo eventual o Estado, predomine um desamparo no sistema, gerando diferença de tratamento para várias infrações patrimoniais, cada qual utilizando um patamar diverso.

Os casos de sonegação de tributos até o patamar quantitativo de 20 mil reais impõe uma atuação do Estado, como dito, por envolver bem jurídico transindividual, de modo a incentivar, por meio da aplicação do tipo penal, solidariedade social.

A aplicação do princípio da insignificância vai de encontro à Constituição, impedindo que se distribua em justiça social; estimula práticas de sonegação, afetando toda a coletividade de forma reflexa e em última análise, fere a igualdade, pois os demais contribuintes terão que arcar com valores não pagos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 11 ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: *REsp nº 1.709.029/MG*, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 28/02/2018, 3ª Seção. Acesso em 16 de abril de 2018.

FISCHER Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISCHER Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm? http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)>. Acesso em: 18 de setembro. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: *HC nº 120620/RS e HC 121322/PR*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 18/02/2014. Acesso em 16 de abril de 2018.



_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: *REsp nº 1.393.317/PR*, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 12/11/2014. Acesso em 16 de abril de 2018.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/157112469/stj-reve-distorcao-na-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-em-descaminho>. Acesso em: 16:46h, 16 de abril de 2018.

PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

PINHO, Ana Cláudia; NETO, Alfredo Copetti. *Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>. Acesso em: 24 de setembro. 2018.



O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A INDÚSTRIA DO TABACO: UMA ANÁLISE À LUZ DO JULGAMENTO DA ADI Nº 4874/STF

Tatiane Lima Ribeiro

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Os limites do poder normativo das agências reguladoras é tema controvertido no direito administrativo moderno, notadamente quando se trata de estabelecimento de restrições na indústria do tabaco. Com a edição da Resolução RDC nº 14/2012-ANVISA, que proibiu a comercialização no Brasil de cigarros com sabor e aroma, questionou-se se tal proibição extrapolaria esses limites. O presente trabalho analisa a constitucionalidade da resolução da ANVISA, abordando para tanto o embate entre o direito à saúde e o princípio da livre iniciativa.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Limites ao poder normativo das agências reguladoras. Regulação no setor de cigarros. Ativismo judicial. Direito à saúde.

Sumário – Introdução. 1. Os limites ao poder normativo das agências reguladoras. 2. A regulação no setor de cigarros: asfixia ou necessidade de proteção da saúde? 3. O papel do Poder Judiciário como pacificador de conflitos sociais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os limites do poder normativo das agências reguladoras, notadamente no que tange a restrições impostas na área de saúde, adotando como referência a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4874/DF. A referida ação aborda a constitucionalidade da proibição da ANVISA de produtos e insumos que causem risco à saúde, inclusive cigarros com sabor e aroma.

A tendência de criação de agências reguladoras se insere no contexto do “Estado regulador” no qual a sua atuação se dá prioritariamente por meio da regulação e da fiscalização das atividades e serviços prestados. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada pela Lei nº 9.782/99, foi concebida para atuar nas áreas afetas a vigilância sanitária e a saúde pública. Inegavelmente essas agências são dotadas de poder normativo. No entanto, os limites desse poder talvez seja um dos temas mais controvertidos do direito administrativo moderno.

Especificamente no setor de cigarros o tema suscita acaloradas discussões. Não é novidade o efeito cancerígeno e os malefícios causados por esse produto à saúde humana. A



elevação do seu consumo se disseminou no mundo notadamente a partir da publicidade envolvida nessa indústria e no baixo custo de sua comercialização. Em razão disso a atuação estatal vem sendo no sentido de restringir a publicidade do cigarro e fazer sobre ele incidir pesada carga tributária. Contudo, muito se discute acerca dessas limitações que, muitas vezes, podem chegar ao ponto de inviabilizar a sua comercialização.

Nessa linha, surge o embate entre a liberdade econômica dessas sociedades empresárias, que se vêem muitas vezes praticamente impossibilitadas de atuarem em um mercado sujeito a forte regulação, e o direito à saúde, ambos constitucionalmente assegurados no ordenamento jurídico brasileiro. Ao Poder Judiciário cabe, a partir da análise casuística, atuar de modo a pacificar esse conflito social, atentando para os interesses nele envolvidos.

Inicia-se o primeiro capítulo pela análise da ausência de limites legais ao poder normativo das agências reguladoras, sendo o tema balizado apenas pela jurisprudência e pela doutrina, bem como pela análise da controvérsia acerca desses limites.

Segue-se com a abordagem do poder regulatório da ANVISA na indústria do tabaco e a existência de normas que restringem sobremaneira a comercialização desse produto, como é o caso da Resolução RDC nº 14/2012-ANVISA, que proibiu a comercialização no Brasil de cigarros com sabor e aroma, tendo tal resolução sido analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

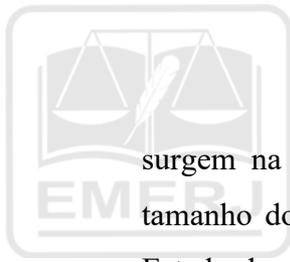
O terceiro capítulo trata do papel do Poder Judiciário no estabelecimento de limites e balizas ao poder normativo dessas agências, bem como a sua atuação na ponderação de interesses em jogo no caso analisado.

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. OS LIMITES AO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras encontram sua origem no direito norte-americano de 1887 e com o intuito de aumentar a intervenção do Estado na ordem econômica. Já no Brasil apenas



surtem na década de 1990, com a criação da ANEEL, e no contexto de diminuição do tamanho do Estado trazido pelo Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/1997)¹. O Estado devolveu atividades econômicas para o mercado e criou as agências reguladoras para regular a prestação dessas atividades.

Regulação pode ser entendida em sentido amplo como o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem interesses constitucionalmente relevantes². A regulação pode ser exercida por diferentes meios pelo Estado, sendo um deles a criação de agências reguladoras.

Essa atividade regulatória atende a demandas diversificadas, tais como a correção de falhas de mercado, a gestão de problemas coletivos, a promoção de inclusão no mercado de grupo socialmente excluídos e a proteção de interesses intergeracionais³. Assim, a peculiaridade de atuação dessas agências justifica o tratamento diferenciado que a elas é conferido, afastando-as das outras autarquias em razão de seu poder normativo e da sua autonomia administrativa e financeira.

O fundamento de criação dessas autarquias especiais é, desse modo, a necessidade de despolitização de determinados setores, conferindo um tratamento mais técnico e maior segurança ao setor regulado, e a necessidade de celeridade na regulação de determinadas atividades técnicas⁴.

Para tanto, essas agências são dotadas de poder normativo, conferido pelas leis que as criaram, podendo editar normas no setor regulado⁵. Não há uma regulamentação geral acerca desses poderes e dos limites de atuação dessas autarquias, cabendo a leis esparsas disciplinar essa atuação em cada setor regulado. Esse poder usualmente é exercido por meio de resoluções, tendo como parâmetro a lei de sua criação.

Há controvérsia doutrinária acerca da constitucionalidade da previsão desse poder normativo amplo para as agências reguladoras.

¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 490.

²ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 212.

³ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 172-196.

⁴ MENEZES, Roberta Frago de Medeiros. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/viewFile/157/138>. Acesso em: 14 jul. 2018.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 541.



Uma corrente capitaneada por Maria Sylvia Di Pietro entende que, com exceção da ANATEL e da ANP, que possuem assento constitucional, as demais agências não poderiam ter poder normativo para regular matéria não disciplinada em lei nem poderiam regulamentar leis, pois tal competência é privativa do chefe do poder executivo. Assim, elas apenas poderiam baixar normas para regular a própria atividade da agência e para conceituar, interpretar ou explicitar conceitos jurídicos indeterminados previstos na lei⁶.

Já outra corrente, defendida por José dos Santos Carvalho Filho⁷ a título de exemplo, defende a constitucionalidade desse poder normativo ampliado em decorrência da deslegalização, que é a retirada de determinada matéria do domínio da lei. Assim, não haveria uma usurpação de competência do Poder Legislativo haja vista que o exercício desse poder estaria balizado pela lei, cabendo apenas às agências a edição de normas com conteúdo técnico e mais próximas a necessidade prática do setor regulado. Para o referido autor não haveria usurpação do poder legiferante, pois ainda que edite normas tais agências atuam na sua função administrativa.

Ademais, também não haveria usurpação de competência do Poder Executivo uma vez que a competência para editar regulamentos não é privativa do Presidente da República⁸. Até mesmo porque não seria viável que o presidente concentrasse tal função em relação a todos os regulamentos administrativos.

Trazendo a discussão para a seara prática, em 2012 a Confederação Nacional da Indústria ajuizou a ADI nº 4874 com o objetivo de conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 7º, inciso XV da Lei nº 9782/99, que permite que a ANVISA utilize seu poder regulamentar para proibir, em caráter genérico e abstrato, a fabricação e a comercialização de produtos e insumos submetidos à fiscalização sanitária. Com base nesse poder normativo a ANVISA editou a Resolução RDC nº 14/2012, que proíbe a importação e a comercialização de cigarros que contenham “qualquer substância ou composto, que não seja tabaco ou água, utilizado no processamento das folhas de tabaco e do tabaco reconstituído, na fabricação e no acondicionamento de um produto fumígeno derivado do tabaco, incluindo açúcares, adoçantes, edulcorantes, aromatizantes, flavorizantes e melhorantes” (art. 3º, I)⁹.

⁶ Ibid. p. 545-546.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de, org. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 88-89.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 699-701.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4874*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4328586>>. Acesso em: 06. jul. 2018.



A linha argumentativa da confederação na ação era a impossibilidade de conferir à agência reguladora poder normativo para editar norma genérica e abstrata, devendo a sua atuação ter natureza exclusivamente executiva, atrelada ao poder de polícia administrativa. Assim, entende que não seria possível a delegação legislativa “em branco” a essas agências.

Em 2018, após acirrada votação, o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a constitucionalidade do artigo 7º, inciso XV da Lei nº 9784/99. Já no que tange a Resolução nº 14/2012 a ação foi julgada improcedente, mas sem eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, tendo ocorrido empate na votação, conforme será minuciosamente analisado no presente trabalho.

Na análise do tema a ministra relatora Rosa Weber ressaltou que a função regulatória das agências não é inferior ou exterior à legislação, mas diferente, pelo seu viés técnico. Ele não é sinônimo de poder legislativo, mas visa implementar finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição Federal¹⁰.

Em voto divergente, mas com argumentos a serem considerados, o ministro Alexandre de Moraes entendeu – apenas no que diz respeito a Resolução uma vez que considerou os artigos da lei constitucionais – que houve desrespeito ao princípio da legalidade e ao princípio da descentralização da atuação legislativa, pois a lei de criação da agência prevê o exercício da atribuição de regulamentar, controlar e fiscalizar produtos e serviços, incluindo cigarros e suas variações, mas dentro dos parâmetros legais. Assim, a restrição promovida pela resolução extrapolaria esses limites com vistas a retirar a atratividade do produto¹¹.

Desse modo, e a despeito da acirrada discussão, a Corte reafirmou o seu entendimento de conferir constitucionalidade ao poder normativo dessas agências.

O caso ora analisado não se trata de entendimento isolado. No julgamento da ADI nº 4093/SP¹² o Supremo Tribunal Federal também teve oportunidade de se manifestar no sentido de que às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e

¹⁰ STF. Notícias. *STF conclui julgamento de ação contra norma da Anvisa que proíbe cigarros com aroma e sabor*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=368410>. Acesso em: 06. jul. 2018.

¹¹ STF. Notícias. *Íntegra do voto do ministro Alexandre de Moraes no julgamento de ADI sobre adição de aroma em cigarros*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369554>. Acesso em: 17 jul. 2018.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4093/SP*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4093&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 17 abr. 2018.



especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Contudo, ao contrário do que ocorre com a competência atribuída ao Poder Legislativo, a competência regulatória deve estar balizada pela ordem constitucional e legal vigente.

Desse modo, fica claro que o Supremo Tribunal Federal, mais de uma vez, reafirmou a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras. A divergência se instaura nos temas que estariam abrangidos por esse poder e a discussão fica clara pela própria dualidade de entendimento no tribunal, conforme será demonstrado.

2. A REGULAÇÃO NO SETOR DE CIGARROS: ASFIXIA OU NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA SAÚDE?

A regulação no setor de cigarros no Brasil é de responsabilidade sobremaneira da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada pela Lei nº 9.782/1999¹³, ao qual incumbe, com esteio no artigo 7º, inciso XV, proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde. Ademais, de acordo com o inciso III do mesmo artigo a ela incumbe estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária.

Assim, às agências reguladoras é assegurado pela lei criadora poder normativo, devendo este ser balizado pela ordem jurídica e sem a possibilidade de inovação, com base em entendimento da corte superior. Um dos principais conflitos gerados pela estrutura regulatória brasileira, como bem ressalta Binenbojm¹⁴, é a tensão com o princípio da legalidade, decorrente da adoção por diversas agências da tese da deslegalização e da banalização da edição de resoluções.

O setor de cigarros é um exemplo nítido de necessidade de regulação por meio de órgãos dotados de capacidade técnica específica e desvinculada do aspecto político que permeia o Poder Executivo. Contudo, até que ponto essa regulação não inviabiliza a comercialização pelas empresas de um produto legalmente permitido sob o argumento de proteção à saúde e adentrando à seara que seria reservada ao Poder Legislativo?

¹³ BRASIL. *Lei nº 9.782*, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm. Acesso em: 11 jul. 2018.

¹⁴BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras, Legalidade e Direitos Fundamentais*: Limites aos poderes normativo e sancionatório da ANVISA na regulação de produtos fumígenos. Disponível na Internet: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19846-19847-1-PB.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.



O tabaco está presente na história mundial pelo menos desde o século XV¹⁵, mas é bem mais recente o conhecimento acerca dos efeitos nocivos que dele advém. Estima-se que o consumo do tabaco é responsável por 5 milhões de mortes anuais¹⁶, sendo 200 mil mortes apenas no Brasil¹⁷, além de ser uma substância com elevada capacidade para induzir dependência física e psicológica.

Sendo o tabaco reconhecido como um problema de saúde global e considerado uma das principais causas de morte evitáveis do mundo foi inclusive adotado pelos países membros das Nações Unidas, durante a 56ª Assembléia Mundial da Saúde, o primeiro tratado internacional de saúde pública: a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT)¹⁸. No Brasil, essa convenção foi incorporada por meio do Decreto nº 5658/2006¹⁹.

Ciente do efeito nocivo dessa substância a tendência mundial foi a de impor fortes restrições à indústria do tabaco. Antes visto como sinônimo de jovialidade, de sucesso e de saúde, notadamente em razão da propaganda feita pelo cinema norte-americano²⁰, o cigarro passou a ser fortemente combatido e visto mundialmente como um problema de saúde pública.

Com esse intuito a ANVISA vem atuando ao longo dos anos para frear o consumo desse produto e dos malefícios dele advindos. Sem a pretensão de esgotar o tema, pode-se citar, dentre as inúmeras restrições: a necessidade de veiculação de imagens de advertência nos produtos (RDC nº 335, de 21 de novembro de 2003); o uso de expressões nas embalagens (RDC nº 14, de 16 de março de 2012); a proibição da propaganda de produtos derivados do tabaco, exceto a exposição destes à venda nos estabelecimentos comerciais (Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011); a proibição de comercialização de produtos alimentícios que simulem os derivados do tabaco, bem como as suas embalagens (RDC nº 304, de 07 de

¹⁵SOUZA CRUZ. *O tabaco na história*. Disponível em: http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DO9YDBCK. Acesso em: 11 jul. 2018.

¹⁶NUNES, Emilia. *Consumo de tabaco*. Efeitos na saúde. Disponível em: <http://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/10231/9967>. Acesso em: 11 jul. 2018.

¹⁷INCA. *Tabagismo, Saúde pública e Regulação*. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2017/tabagismo-saude-publica-regulacao>. Acesso em: 20 mar. 2018.

¹⁸BRASIL. OMS. *Tabagismo*. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=574:tabagismo&Itemid=463. Acesso em: 11 jul. 2018.

¹⁹BRASIL. *Decreto nº 5658/2006*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5658.htm. Acesso em: 11 jul. 2018.

²⁰TABACARIA SALES OLIVEIRA. *O cigarro e o cinema*. Disponível em: <https://tabacariasalesoliveira.com.br/noticias/o-cigarro-e-o-cinema>. Acesso em: 11 jul. 2018.



novembro de 2002) e a necessidade de registro de dados cadastrais de marcas de produtos fumígenos derivados do tabaco (RDC nº 90, de 27 de dezembro de 2007)²¹.

Nessa linha, por meio da Resolução RDC nº 14/2012²² a ANVISA restringiu o uso de aditivos em todos os produtos derivados do tabaco e estabelece os limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros. O objetivo declarado pela ANVISA é “reduzir a iniciação de novos fumantes, em especial crianças e jovens, tendo em vista que os aditivos são intencionalmente utilizados para mascarar o sabor ruim do produto de tabaco, disfarçar o cheiro desagradável e diminuir a irritabilidade da fumaça para os não fumantes”²³.

A edição dessa resolução traz a debate, além dos limites do poder normativo das agências reguladoras, o embate entre a livre iniciativa e o direito à saúde, ambos assegurados constitucionalmente.

De um lado, a livre iniciativa é um dos pilares da ordem econômica que norteia a Constituição Federal, sendo prevista de forma expressa no seu artigo 170, caput²⁴. Ela não se restringe a liberdade de empresa, abrangendo também todas as formas de produção, individuais ou coletivas²⁵. Assim, as empresas que atuam na indústria do cigarro têm direito, assim como as que atuam nos demais ramos, de venderem o produto que licitamente produzem. É evidente que nenhum direito ou princípio deve ser visto de forma isolada ou absoluta, de modo que elas devem observar as normas legais e as restrições do setor regulado.

Contudo, muito se questiona se as restrições impostas pela ANVISA não extrapolariam o papel que a ela é conferido de regulador de determinado setor a ponto de inviabilizar a comercialização do cigarro. A proibição trazida pela resolução ora discutida atinge, conforme dados apresentados na petição inicial da ADI nº 4874²⁶, mais de 98% da produção nacional de cigarros. Assim, não estaria a agência adentrando a seara do legislador ao proibir, por via oblíqua, um produto que é permitido no Brasil?

²¹ BRASIL. ANVISA. *A ANVISA e o controle dos produtos derivados do tabaco*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/106510/106594/A+Anvisa+e+o+Controle+dos+Produtos+Derivados+do+Tabaco/4af73983-9d76-4af4-93c0-e35f153a18a7>. Acesso em: 11 jul. 2018.

²² BRASIL. *Resolução RDC nº 14/2012-ANVISA*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0014_15_03_2012.pdf. Acesso em: 17 abr. 2018.

²³ BRASIL. ANVISA. *A ANVISA e o controle dos produtos derivados do tabaco*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/106510/106594/A+Anvisa+e+o+Controle+dos+Produtos+Derivados+do+Tabaco/4af73983-9d76-4af4-93c0-e35f153a18a7>. Acesso em: 11 jul. 2018.

²⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2018

²⁵ GRAU, Eros Roberto. *Comentário ao artigo 170*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1792.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 9.



Seguindo essa linha de pensamento o Ministro Alexandre de Moraes ressaltou no seu voto divergente o indiscutível consenso científico em torno dos malefícios proporcionados pelo consumo de tabaco, mas consignou que a legislação autoriza a importação e a comercialização no país desses produtos fumígenos derivados do tabaco. Assim, a portaria da ANVISA não poderia proibir totalmente o acesso a um produto legalmente autorizado²⁷.

De outro lado, o direito a saúde também é assegurado constitucionalmente no artigo 196²⁸, devendo ser promovido não apenas pelo Estado, mas também pelas pessoas, pela família, pelas empresas e pela sociedade, com base em disposição do artigo 2º, §2º da Lei nº 8.080/90²⁹. Esse direito apresenta ainda uma dupla vertente, qual seja: uma natureza negativa no sentido de que o Estado e o particular devem se abster de praticar atos que causem risco a saúde e uma natureza positiva, que se relaciona ao caráter prestacional desse direito³⁰.

Como dito, hoje é amplamente conhecido e divulgado o malefício advindo do cigarro, sendo inclusive reconhecido internacionalmente como um problema de saúde global. Desse modo, ao atuar de modo mais restritivo nesse setor o Estado estaria promovendo valores reconhecidos em tratados internacionais, além de, a longo prazo, reduzir seus gastos com tratamentos de saúde de doenças evitáveis.

Nessa linha, a ministra Rosa Weber ressaltou que o Estado pode impor condições e limites para exploração de atividades privadas, tendo em vista a necessidade de sua compatibilização com os demais princípios, garantias e direitos fundamentais. No caso do controle do tabaco, a saúde e o direito à informação devem ser protegidos³¹.

No embate entre valores assegurados constitucionalmente revela-se que há no caso em análise uma efetiva necessidade de regulação, ainda que com a imposição de severas restrições ao setor regulado. A livre iniciativa das indústrias tabagistas não pode se sobrepor ao direito à saúde haja vista que este é condição necessária para o exercício pleno dos direitos da personalidade. Nessa linha, o Poder Judiciário surge como pacificador desse conflito, devendo atuar com razoabilidade.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 11.

²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2018

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 24.

³⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1299.

³¹ STF. Notícias. *STF conclui julgamento de ação contra norma da Anvisa que proíbe cigarros com aroma e sabor*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=368410>. Acesso em: 06. jul.2018.

3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO COMO PACIFICADOR DE CONFLITOS SOCIAIS

A visão positivista do direito, marcada pela ideia de um sistema completo e autossuficiente, foi cedendo espaço ao longo dos anos para o pós-positivismo, baseado na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática, buscando ir além da legalidade estrita³². A letra fria da lei deixa de ser a fonte quase que exclusiva da atuação do juiz e do administrador público, em consonância com o reconhecimento da complexidade das relações jurídicas contemporâneas.

Associada a essa nova visão do direito surge o neoconstitucionalismo, trazendo uma forma diferente de se pensar a constituição.

Nesse cenário, há um reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização da sua importância na aplicação do direito. Antes vistos de maneira negativa devido ao seu elevado nível de abstração e de generalidade, eles passaram a ser um importante instrumento para dinamizar o ordenamento jurídico, conferindo ductibilidade necessária para acomodar novas demandas que surgem³³.

Há ainda a constitucionalização do direito, com a irradiação das normas constitucionais por todos os ramos do ordenamento, não sendo diferente com o Direito Administrativo. Por esse fenômeno a lei deixa de ser o único fundamento de atuação e surge a ideia de juridicidade administrativa, de modo que a legalidade passa a conviver com outros princípios igualmente importantes.

Contudo, o fenômeno mais relevante para o presente trabalho é a judicialização da política e das relações sociais, com uma maior notoriedade ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário³⁴. Ele vem ganhando relevante papel na pacificação de questões polêmicas em razão da força normativa da Constituição Federal e, mais recentemente, em decorrência do desprestígio vivido pelos poderes Legislativo e Executivo e seus escândalos frequentes.

Assim, em decorrência da judicialização da política e das relações sociais, quase todas as questões de relevância política ou social já foram ou estão sendo discutidas pelo Poder Judiciário³⁵. Nesse panorama, o Supremo Tribunal Federal atua na análise da

³² BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 265-289.

³³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 63-64.

³⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 199-206.

³⁵ BARROSO, op. cit., 2011. p. 359-363



constitucionalidade das leis, sem deixar de ajudar na implementação dos direitos fundamentais.

No julgamento da ADI nº 4874³⁶ o Supremo Tribunal Federal foi chamado a atuar no difícil caso apresentado pela Confederação Nacional da Indústria que envolvia os limites do poder normativo da ANVISA e a constitucionalidade da resolução por ela editada que restringiu o uso de aditivos em todos os produtos derivados do tabaco e estabelece os limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros. No caso, a corte teve que enfrentar não só os limites do poder normativo frente ao princípio da legalidade, mas também o embate entre o princípio da livre iniciativa e o direito à saúde.

Ao reconhecer que o artigo 7º, inciso XV da Lei nº 9782/99³⁷ é constitucional o Supremo Tribunal Federal mantém a sua percepção no sentido de conferir poder normativo às agências reguladoras, afastando a alegação de que tal artigo afrontaria o princípio da legalidade. A ideia de juridicidade, alargando a abrangência desse princípio, permite concluir que não apenas a lei é apta a regular as relações sociais, mas sim o direito como um todo. O poder conferido a essas autarquias especiais é fruto da necessidade de maior tecnicidade no setor regulado e da dinamização das relações, que muitas vezes não precisam ficar a mercê da atuação do legislador.

Já na análise da Resolução RDC nº 14/2012³⁸ há um claro conflito entre o direito à saúde e o princípio da livre iniciativa, ambos previstos na Constituição Federal. Ainda que alguns pensadores do direito neguem a ocorrência de conflito entre normas constitucionais, como Dworkin e Habermas, o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades adota a técnica defendida por Robert Alexy da ponderação³⁹.

Em razão da generalidade e abstração dos princípios, Alexy elaborou parâmetros a serem adotados para racionalizar a sua aplicação a fim de evitar a discricionariedade judicial. Partindo da distinção entre regras e princípios, o autor propõe o método da ponderação no caso de colisão entre princípios, de modo que a aplicação de um não necessariamente implicará o afastamento do outro no caso concreto⁴⁰.

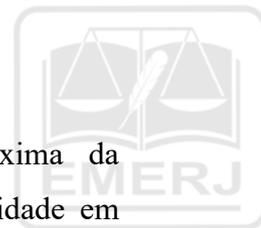
³⁶ BRASIL, op. cit., nota 9.

³⁷ BRASIL. *Lei nº 9.782*, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm. Acesso em: 11 jul. 2018.

³⁸ BRASIL. *Resolução RDC nº 14/2012-ANVISA*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0014_15_03_2012.pdf. Acesso em: 17 abr. 2018.

³⁹ SOUZA NETO, op. cit., p. 497-503.

⁴⁰ COL, Juliana Sipoli. *Coerência, ponderação de princípios e vinculação à lei: métodos e modelos*. 2012. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/D.2.2012.tde-29082013-132628. Acesso em: 26 set. 2018. p. 34-45.



Para solucionar a colisão de princípios deve ser analisada a máxima da proporcionalidade, de modo a verificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, realizando o sopesamento entre os princípios envolvidos⁴¹. No entanto, esse método nem sempre é aplicado ou, quando sim, aplicado de forma diversa da proposta pelo autor. Critica-se, em muitos casos, se a escolha estaria carregada de subjetivismo e arbitrariedade.

Ressalta-se que não é só o Poder Judiciário que realiza a ponderação⁴². Ao contrapor o direito à saúde e a livre iniciativa somada ao livre arbítrio o Poder Legislativo já optou por considerar legal o uso de cigarro, estabelecendo restrições, como as previstas na Lei nº 9.294/96⁴³. Contudo, isso não impede que ocorra também a ponderação judicial.

No caso ora em análise o Supremo Tribunal Federal entendeu que a despeito do direito fundamental à liberdade de iniciativa, o Estado pode impor condições e limites para exploração de atividades privadas, tendo em vista a necessidade de sua compatibilização com os demais princípios, garantias e direitos fundamentais. No caso do controle do tabaco, a saúde e o direito à informação devem ser protegidos. Assim, é possível à ANVISA tomar medidas repressivas concretas para suspender ou evitar risco iminente à saúde⁴⁴.

A liberdade de expressão, apesar de estar assegurada na Constituição Federal, não é um direito fundamental, contrariamente ao direito à saúde. Essa liberdade não é irrestrita e só tem sentido quando cotejada com a ordem jurídica no qual é inserida. Desde a sua origem, no Decreto d'Allarde, não se trata de uma liberdade absoluta⁴⁵.

Não se trata de um caso isolado. De modo semelhante, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE nº 1104226 AgR /SP⁴⁶ entendeu que o princípio da livre iniciativa, inserido no caput do art. 170 da Constituição⁴⁷ nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, mas social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada.

⁴¹ Ibid., p. 34-45.

⁴² SOUZA NETO, op. cit., p. 497-503.

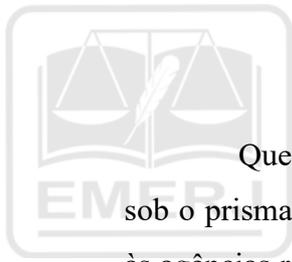
⁴³ BRASIL. *Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9294.htm. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁴⁴ DIZER O DIREITO. *Informativo comentado: Informativo 889-STF*. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/02/info-889-stf1.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 170. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. P. 1792.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1104226/SP*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5341587>. Acesso em: 25 set. 2018.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 24.



Questiona-se até mesmo a própria atuação do Poder Judiciário em casos como esse, sob o prisma da separação dos poderes. Se o Poder Legislativo já fez sua opção política e se às agências reguladoras é conferido legitimidade para a regulação desse setor, em que medida o Poder Judiciário poderia se imiscuir nessa discussão?

Em decisões como a ora analisada há um inevitável viés político na decisão judicial, pois lidam com alocação de bens e interesses da sociedade. Desse modo, essas decisões devem ser minuciosamente motivadas para que fique clara a escolha feita pelo julgador. Por se tratar de um conflito policêntrico, é ainda necessário que a decisão seja proferida apenas após a manifestação de eventuais interessados⁴⁸.

Portanto, o Poder Judiciário surge como importante instrumento para pacificação de conflitos sociais, sendo legítima a sua atuação, ainda que se trate de assuntos de viés eminentemente político. No caso, após a ponderação entre os valores em jogo, optou-se por privilegiar o direito à saúde, sem afastar de forma absoluta a livre iniciativa uma vez que as indústrias de tabaco podem continuar a comercializar seu produto, mas deverão observar a restrição prevista na resolução da ANVISA.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que a despeito da controvérsia doutrinária acerca da constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, por mais de uma vez, o Supremo Tribunal Federal afirmou que tal poder é constitucional. Pela noção mais ampla de juridicidade ficou claro que tal poder não viola o princípio da legalidade, pois não cabe apenas à lei regular as relações sociais, sendo legítimo, e até recomendável, que normas produzidas por órgãos técnicos disciplinem matérias que demandam análise específica.

As normas produzidas pelas agências devem obedecer a limites, que nem sempre ficam claros na análise do caso concreto. No entanto, certo é que a norma regulatória deve ser compatível com a ordem legal e constitucional, não podendo inovar ao criar direitos e obrigações no âmbito do setor regulado.

Trata-se de uma norma com nítido viés técnico e que deve, sobretudo, atuar na implementação de valores constitucionais. Quando ela privilegia um valor, mas afasta outro o Poder Judiciário é invocado a atuar, como ocorreu no caso da ADI nº 4874/DF.

⁴⁸ ARAGÃO, op. cit., p. 407-414.

Foi visto que na indústria do tabaco o problema da norma regulatória fica ainda mais evidente em razão do embate entre o direito à saúde e o princípio da livre iniciativa, ambos assegurados constitucionalmente. Se de um lado normas mais restritivas dão concretude ao direito à saúde, de outro causam tamanha interferência na indústria que colocam em xeque a proibição do tabaco por vias transversas. As recentes normas da ANVISA, como é o caso da Resolução RDC nº 14/2012, restringem sobremaneira a fabricação e comercialização do tabaco e trazem o questionamento acerca de sua validade.

Fruto das pesquisas que se desenvolveram ao longo do trabalho, ficou claro que assegurar o direito à saúde é condição essencial para o exercício de forma ampla dos direitos da personalidade. É o reconhecimento de que o valor saúde não pode ceder espaço para a livre iniciativa. A livre iniciativa, além de não se tratar propriamente de um direito, é uma cláusula aberta que deve ser preenchida à luz dos valores constitucionais. Ela apenas será legítima se promover valores inerentes a pessoa humana.

O entendimento a que chegou este pesquisador foi de que as restrições na indústria do tabaco, desde que tenha respaldo na lei e não inviabilizem a atuação econômica dos agentes, devem ser observadas, pois a liberdade de livremente comercializar seus produtos não pode se sobrepor ao direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de, org. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras, Legalidade e Direitos Fundamentais: Limites aos poderes normativo e sancionatório da ANVISA na regulação de produtos fumígenos*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19846-19847-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.



BRASIL. Anvisa. *A ANVISA e o controle dos produtos derivados do tabaco*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/106510/106594/A+Anvisa+e+o+Controle+dos+Produto+s+Derivados+do+Tabaco/4af73983-9d76-4af4-93c0-e35f153a18a7>. Acesso em: 11 jul. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. *Decreto n° 5658/2006*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5658.htm. Acesso em: 11 jul. 2018.

_____. *Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. *Lei n° 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. *Lei n° 9.294, de 15 de julho de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9294.htm. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. OMS. *Tabagismo*. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=574:tabagismo&Itemid=463. Acesso em: 11 jul. 2018.

_____. *Resolução RDC n° 14/2012-ANVISA*. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2014/rdc0014_28_03_2014.pdf. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4874/DF*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4093/SP*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4093&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 1104226/SP*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5341587>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Notícias. *STF conclui julgamento de ação contra norma da Anvisa que proíbe cigarros com aroma e sabor*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=368410>. Acesso em: 06. jul. 2018.

_____. Notícias. *Íntegra do voto do ministro Alexandre de Moraes no julgamento de ADI sobre adição de aroma em cigarros*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369554>. Acesso em: 17 jul. 2018.



CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COL, Juliana Sipoli. *Coerência, ponderação de princípios e vinculação à lei: métodos e modelos*. 2012. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/D.2.2012.tde-29082013-132628.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIZER O DIREITO. *Informativo comentado: Informativo 889-STF*. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/02/info-889-stf1.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 170. In: CANOTILHO, J. J Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

INCA. *Tabagismo, Saúde pública e Regulação*. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2017/tabagismo-saude-publica-regulacao>. Acesso em: 20 mar. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, Roberta Frago de Medeiros. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/viewFile/157/138>. Acesso em: 14 jul. 2018.

NUNES, Emilia. *Consumo de tabaco. Efeitos na saúde*. Disponível em: <http://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/10231/9967>. Acesso em: 11 jul. 2018.

SOUZA CRUZ. *O tabaco na história*. Disponível em: http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DO9YDBC K. Acesso em: 11 jul. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TABACARIA SALES OLIVEIRA. *O cigarro e o cinema*. Disponível em: <https://tabacariasalesoliveira.com.br/noticias/o-cigarro-e-o-cinema>. Acesso em: 11 jul. 2018.



A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS USUÁRIOS DE CRACK: DIREITO À SAÚDE OU MEDIDA DE HIGIENIZAÇÃO SOCIAL

Thaís de Vasconcellos Costa

Graduada pela Universidade Cândido
Mendes – Centro. Advogada.

Resumo – a internação compulsória dos usuários de crack merece ser prontamente debatida uma vez tem crescido substancialmente o número de ações judiciais requerendo a imposição de tal medida com fundamento na Lei 10.216/01. A essência do trabalho é analisar se a internação contra a vontade dos usuários de crack é uma forma de dar legitimidade à higienização social ou se é medida que se impõe em razão do direito à saúde e diante do cenário atual de luta contra as drogas. Para tanto, a abordagem do objeto deste artigo jurídico é de natureza descritiva, qualitativa e exploratória, porquanto a pesquisadora pretende se valer do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave – Direitos Humanos. Criminologia. Internação compulsória. Usuários de crack. Medida de higienização social.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação da Lei 10.216/01 aos usuários de crack: uma discussão pautada no princípio da legalidade. 2. Internação involuntária dos usuários de crack: direito à saúde ou medida de higienização social? 3. Políticas públicas de combate ao uso do crack *versus* internação involuntária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico enfoca a temática da internação compulsória dos usuários de crack à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Procura-se analisar se essa modalidade de intervenção na liberdade dos dependentes químicos é uma forma de legitimar a violação aos direitos fundamentais desses indivíduos ou se é medida que se impõe diante do cenário atual de luta contra as drogas.

O Brasil representa 20% do consumo mundial de cocaína e crack, conforme levantamento realizado pelo Instituto de Pesquisas Públicas do Álcool e outras drogas, o que faz com que a proliferação das crackolândias seja notícia recorrente nos jornais.

Nesse contexto, o exemplo mais significativo foi a operação realizada pela Prefeitura de São Paulo em parceria com o Governo Estadual com o intuito de reurbanizar a capital paulista e demolir a crackolândia. Ato marcado pela ocupação da polícia e por tratar como criminosos indivíduos já marginalizados pelas condições do vício. Como forma de legitimar a ação, a Procuradoria do Município de São Paulo ingressou com uma ação judicial requerendo a tutela de urgência para que médicos municipais avaliassem a necessidade dos usuários de crack serem internados compulsoriamente.



A Constituição Federal elencou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Trata-se, portanto, de valor supremo da ordem jurídica que funciona como principal fonte de hermenêutica constitucional.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana está contida no núcleo essencial dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à saúde, o direito à liberdade e o direito à igualdade e o direito à integridade psicofísica.

Deve-se, então, questionar: a internação compulsória dos usuários de crack consiste em manifestação do direito à saúde e, por conseguinte, respeita a dignidade da pessoa humana ou constitui medida que desumaniza o indivíduo, sendo violadora da sua liberdade de escolha, ferindo, assim, a sua dignidade?

No primeiro capítulo, analisa-se a judicialização da internação forçada a partir da Lei nº 10.216/01, com enfoque na possibilidade de aplicação dessa medida aos dependentes químicos, bem como na distinção entre a internação compulsória e a internação involuntária.

No segundo capítulo, considera-se o cenário atual e os princípios e garantias constitucionais para analisar se a medida de internação involuntária dos usuários de crack visa à higienização social ou se constitui uma manifestação do direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal.

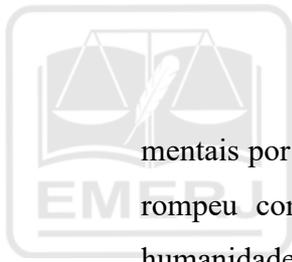
No terceiro capítulo, enfrenta-se a eficácia da desintoxicação dos usuários de crack, fazendo um contraponto entre a internação involuntária e a necessidade de implementação de políticas públicas que observem o princípio da dignidade da pessoa humana, voltadas à ampliação da autonomia do indivíduo, por meio da redução gradual do uso de substâncias e da promoção do acesso à assistência social, ao atendimento à saúde, e a oportunidades de emprego e moradia.

Para tanto, a abordagem do objeto deste artigo jurídico é de natureza descritiva, qualitativa e exploratória, porquanto a pesquisadora pretende se valer do método hipotético-dedutivo.

1. A APLICAÇÃO DA LEI Nº 10.216/01 AOS USUÁRIOS DE CRACK: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Lei nº 10.216/01¹ é expressão do movimento da Reforma Psiquiátrica no Brasil, cujo objetivo é a proteção e garantia dos direitos das pessoas portadoras de transtornos

¹BRASIL. *Lei nº 10.216*, de 06 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.



mentais por meio do redirecionamento do modelo assistencial em saúde mental. A referida lei rompeu com o modelo asilar ao assegurar um tratamento diferenciado, contínuo, com humanidade, respeito e no interesse exclusivo da saúde, de modo a possibilitar a recuperação dos indivíduos por meio de práticas inclusivas.

Não obstante a lei antimanicomial tenha definido como excepcional o atendimento em meio fechado, condicionando a internação à apresentação de laudo médico circunstanciado e à exigência de esgotamento dos recursos extra-hospitalares, estabeleceu três modalidades de internação psiquiátrica²: voluntária, involuntária e compulsória. Contudo, a prática jurídica, de forma equivocada, acabou tratando como sinônimas as expressões internação compulsória e internação involuntária.

Consoante art. 9º da Lei nº 10.216/01³, a internação compulsória é aquela determinada pelo Poder Judiciário de acordo com a legislação vigente, devendo o juiz competente levar em consideração as condições de segurança do estabelecimento quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e dos funcionários.

Em razão do ordenamento jurídico brasileiro se pautar no princípio da legalidade, que constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais, a expressão “de acordo com a legislação vigente” deve remeter às hipóteses legais de privação da liberdade, restringindo-se tão somente à imposição de medida de segurança após a apuração de fato definido como crime na legislação penal.

A internação involuntária, por sua vez, é aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro, não sendo exigida autorização judicial para o seu deferimento, embora a Lei nº 10.216/01 determine que o estabelecimento no qual tenha ocorrido a internação comunique a medida ao Ministério Público Estadual no prazo de setenta e duas horas. Tem como requisitos a recomendação médica em laudo circunstanciado, a insuficiência de recursos extra-hospitalares, bem como a perda de autodeterminação e das faculdades mentais.

Corroborando a desnecessidade de autorização judicial para a internação involuntária, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro⁴ recomenda aos defensores

²Ibid., artigo 6º: A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

³Ibid., artigo 9º.

⁴BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Recomendação nº 1/2017 da Comissão de Garantia da Atenção Integral à Saúde de Pessoas Privadas de Liberdade* (recomendação interna). Rio de Janeiro, 2017.



públicos com atribuição para o primeiro atendimento que a propositura de ação judicial no caso de internação involuntária, após recomendação médica em laudo circunstanciado, mostra-se cabível apenas e tão somente quando há recusa injustificada do hospital ou clínica, ou quando não tiver vaga na rede particular - plano de saúde - ou pública para a internação, buscando-se, nos demais casos, o apoio da Rede de Atenção Psicossocial – RAPS -, em especial, o Centro de Atenção Psicossocial – CAPS - do território do paciente.

Em suma, enquanto a internação compulsória tem como requisito para o seu deferimento a comprovação da prática de crime ou contravenção penal por indivíduo inimputável ou semi-imputável em razão de doença ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a internação involuntária é sinônimo de internação forçada e depende da apresentação de laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos, da insuficiência de recursos extra-hospitalares, da perda da autodeterminação e das faculdades mentais, bem como da observância da Lei nº 10.216/01.

Ultrapassada essa distinção, deve ser feita uma análise acerca da possibilidade de internação involuntária dos usuários de crack, uma vez que o Brasil representa 20% do consumo mundial de cocaína e crack, conforme levantamento realizado pelo Instituto de Pesquisas Públicas do Álcool e outras drogas⁵, o que aumentou a proliferação das cracolândias⁶ em alguns municípios e impulsionou essa discussão.

Embora o consumo de crack no Brasil ainda seja menor que o do álcool e o da cocaína em pó⁷, o tratamento de dependentes da versão fumada da coca – crack - é um desafio para médicos e especialistas. Estudos indicam que, em média, apenas um terço dos usuários severos consegue se tratar e retomar a vida, enquanto os outros dois terços morrem ou continuam na droga⁸.

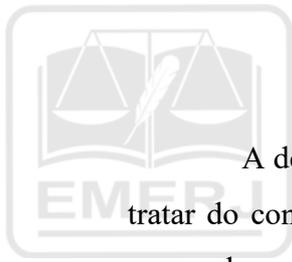
O consumo do crack gera um efeito quase que imediato no cérebro, permitindo que a dependência se instale cedo, além de causar alterações psicológicas que afetam o funcionamento de todo o organismo, como a sensação de mais energia, hiperatividade, bem-estar, elevação do estado de alerta, aumento dos batimentos cardíacos, aumento da pressão sanguínea e até alucinações, depressão, pânico e paranoia.

⁵BRASIL. II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas: *O uso de cocaína e crack no Brasil*. Disponível em: <http://inpad.org.br/wp-content/uploads/2013/03/LENAD_PressRelease_Coca.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017.

⁶ Cracolândia é o nome que se dá ao local onde se comercializa e se faz uso do crack e de outras drogas.

⁷BRASIL. II *LENAD*. Disponível em: <<http://inpad.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Lenad-II-Relat%C3%B3rio.pdf>>. Acesso em: 17 out 2017.

⁸ Ibid.



A dependência química é uma doença considerada como um transtorno mental por se tratar do conjunto de fenômenos que envolvem o comportamento, a cognição e a fisiologia corporal em razão do consumo repetido de uma substância psicoativa.

Deve-se ressaltar, contudo, que a dependência química não se confunde com o simples uso, pois aquela tem como características a perda do controle do uso da droga, a substituição progressiva de atividades importantes como o lazer ou trabalho pelo consumo da substância entorpecente, a persistência do seu uso apesar das consequências negativas e a vontade quase incontrolável de usá-la, que pode aparecer a qualquer hora do dia ou da noite.

O psiquiatra e professor da Unifesp, Dartiu Xavier da Silveira,⁹ considera mito a ideia de que quem experimenta o crack vicia automaticamente:

existem estudos americanos que mostram que a maioria dos usuários de crack não é dependente. São pessoas que usam de forma ocasional, não tão compulsivamente e, obviamente, de forma menos destrutiva. Elas conseguem levar a vida relativamente normal. É uma minoria que se torna dependente. Claro que não é uma justificativa para uso do crack, não deve ser entendido como pouco risco relacionado ao uso de crack. Qualquer droga, mesmo usada de forma mais recreacional, envolve riscos.

Dessa forma, em observância ao princípio da legalidade, os usuários de drogas não estão sujeitos à internação involuntária prevista na Lei nº 10.216/01, mas apenas os dependentes químicos. A excepcionalidade da medida decorre do fato de que na maior parte dos casos o tratamento mais adequado e eficaz não requer a internação do indivíduo e quando ela é realizada sem necessidade pode ensejar o incremento de recaídas.

2. INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA DOS USUÁRIOS DE CRACK: DIREITO À SAÚDE OU MEDIDA DE HIGIENIZAÇÃO SOCIAL?

Conforme observado no capítulo anterior, a Lei nº 10.216/01 representa a positivação do movimento antimanicomial no Brasil, pois estabeleceu uma mudança de paradigma no tratamento das pessoas portadoras de transtornos mentais ao substituir a internação em instituições asilares por tratamentos humanizados e em meio aberto.

Não obstante a lei antimanicomial tenha estabelecido como excepcional a medida de internação involuntária, o Poder Executivo vem tentando mitigar essa regra ao determinar a intervenção na liberdade dos usuários de crack, utilizando como fundamento o art. 196 da

⁹ESTADÃO. *Crack*. Disponível em: <<http://infograficos.estadao.com.br/especiais/crack>>. Acesso em: 17 out 2017.



Constituição da República¹⁰, que estabelece o dever do Estado de garantir o direito à saúde de todos.

No Brasil, o tráfico e o consumo abusivo de crack tornaram-se um grande problema social, principalmente porque ocorrem em espaços públicos, o que atrai os olhares de todos, incluindo das grandes mídias. Estas, por sua vez, disseminam o medo e a discriminação, pois enxergam os usuários de crack como indivíduos perigosos.

A propagação do medo gerada em torno desses indivíduos funciona como insumo para os defensores da internação compulsória¹¹, pois aproveitam o clamor social por segurança para ratificar a necessidade de internação dos usuários de crack, de modo a assegurar o bem estar da sociedade e dos próprios usuários de drogas, pois a eles será garantido o direito à saúde e à vida digna, já que não possuem capacidade de se livrar do vício por conta própria. Contudo, tais argumentos não merecem guarida, como será demonstrado adiante.

Embora relativamente novo esse cenário muito se assemelha às ideias extraídas do positivismo criminológico do século XIX, marcado pelo determinismo biológico e pela patologização do homem delincente, tendo em vista que os usuários de crack recebem o estereótipo de criminosos irracionais cujo comportamento é predeterminado pela droga.

Assim como o positivismo criminológico, os estudos da sociologia do desvio¹² também têm relevância na análise da internação involuntária dos usuários de crack, uma vez que estes se encaixam perfeitamente no conceito de *outsiders*¹³. Por não se adequarem as regras impostas pela sociedade os usuários são condenados à perda de sua autonomia e de sua liberdade por meio da internação involuntária em instituições. São, portanto, rotulados de desviantes e afastados do convívio social.

As internações forçadas também podem ser pensadas como uma forma de docilização de corpos, tendo em vista que retiram da sociedade os indivíduos improdutivos, desviantes, e os transformam em indivíduos obedientes e adestrados do ponto de vista social,

¹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, artigo 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹¹Trata-se, na verdade, de internação involuntária, mas a prática confunde os dois conceitos de forma errônea, de modo que há quem defenda a medida de internação compulsória dos usuários de crack.

¹²Estes estudos foram desenvolvidos no final do século XIX pela Escola de Chicago que, em razão do enorme fluxo migratório da época, passou a estudar mais especificamente o crime e a delinquência. Não obstante existam diversas correntes teóricas sobre o desvio, a que interessa para esse trabalho é a teoria interacionista de Howard Becker.

¹³Indivíduos que se desviam das regras estabelecidas pelo grupo.



econômico e político, subtraindo deles a decisão sobre a própria internação e passando esta a ser do poder público.

O exemplo mais recente dessa conjuntura foi a operação policial realizada pela Prefeitura de São Paulo em 21 de maio de 2017 com o intuito de dismantelar a cracolândia para reurbanização da área. O episódio ficou conhecido como Virada Cultural de 2017 e foi marcado pela violência e pela demolição de prédios e estabelecimentos no entorno da cracolândia. Na ocasião o Poder Judiciário foi acionado para que determinasse a busca e apreensão coletiva de pessoas para avaliação médica, com a consequente internação compulsória dos toxicodependentes¹⁴.

Contudo, a decretação de internações contra a vontade dos indivíduos e por meio do uso da força policial vai de encontro ao movimento antimanicomial consagrado pela Lei nº 10.216/01, uma vez que a reforma psiquiátrica afastou as longas internações em meio fechado por reforçarem a exclusão social, a estigmatização, o preconceito, a violência e o desrespeito aos direitos humanos.

Ademais, a privação da liberdade dos usuários de drogas não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro desde o dia 08 de outubro de 2006, ocasião em que entrou em vigor a lei de drogas e estabeleceu-se a descarcerização da conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06¹⁵.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal reconheceu em 2011 a existência de repercussão geral no recurso extraordinário nº 635.639¹⁶, que debate a constitucionalidade do referido dispositivo legal à luz do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura o direito à intimidade e à vida privada.

Logo, se nem mesmo o direito penal permite a privação da liberdade dos usuários de drogas, não podemos conceber que ela seja determinada em âmbito administrativo.

Como se já não houvesse argumentos suficientes contra a internação involuntária, existem, ainda, diversos estudos que atestam a ineficácia da hospitalização forçada, pois não

¹⁴PÚBLICO. *A limpeza da “cracolândia” correu mal e foi parar nos Tribunais*. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/06/02/mundo/noticia/a-limpeza-da-cracolandia-de-sao-paulo-presa-entre-os-tribunais-e-a-realidade-1774215>>. Acesso em: 18 jun.2018.

¹⁵BRASIL. *Lei nº 11.343/06*, artigo 28: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635.639*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroTema=506>>. Acesso em: 26 nov. 2018.



se presta a reduzir o consumo de drogas, mas somente fortalece a exclusão social e a marginalização dos usuários de crack.

Os especialistas nas práticas de desintoxicação defendem o tratamento fundado na liberdade, na voluntariedade e na garantia dos direitos fundamentais, uma vez que o indivíduo é sujeito de direitos e não objeto de políticas públicas.

A divergência entre os discursos legitimadores da internação involuntária e os estudos médicos demonstra que tal prática consiste em medida higienizadora, uma vez que objetiva tão somente a neutralização dos indesejados por meio da limpeza de classes e de espaços públicos.

Conforme pesquisa realizada pela Fundação Oswaldo Cruz¹⁷ constatou-se que a forma mais comum de obtenção de dinheiro relatada pelos usuários de crack compreende trabalho esporádico ou autônomo, correspondendo a aproximadamente 65%, enquanto apenas 6,42% se ocupavam de atividades ilícitas.

A partir dessa estatística podemos concluir que os usuários de crack não são indivíduos propensos ao crime, devendo ser afastado o estereótipo de criminoso irracional e, conseqüentemente, a necessidade de defesa social.

O argumento de que os usuários de crack têm o comportamento predeterminado pelo uso da droga também não se sustenta. Isso porque, embora o tema não seja pacífico, existem pesquisas que demonstram que a maioria dos usuários de crack não é dependente e que consegue conciliar o uso da droga com atividades sociais preexistentes, como familiares e recreativas¹⁸.

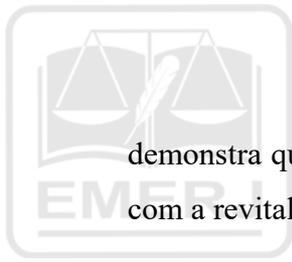
Todavia, ainda que se reconheça que os usuários de crack têm a capacidade de julgamento prejudicada, essa condição não justifica a determinação de internação involuntária, pois além de violar os direitos fundamentais, existem formas mais eficientes e menos prejudiciais de garantir o direito à saúde dessas pessoas, como se mostrará no próximo capítulo.

Outrossim, conforme explicado no primeiro capítulo, a internação involuntária prevista na Lei nº 10.216/01 só tem como sujeito passivo o dependente químico, de modo que o mero usuário de crack não pode ser internado contra a sua vontade.

Não há, portanto, como dissociar a internação forçada da prática higienista de controle social dos indivíduos, na medida em que o histórico de luta contra as drogas

¹⁷FIOCRUZ. *Pesquisa Nacional sobre o uso de crack*. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/10019/2/UsodeCrack.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

¹⁸STRANO, Rafael. *Crack: política criminal e população vulnerável*. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 132.



demonstra que a preocupação dos governantes não é com a saúde dos usuários de crack, mas com a revitalização dos espaços urbanos tomados por eles.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AO USO DO CRACK *VERSUS* INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA

Como a internação forçada dos usuários de drogas viola os direitos individuais fundamentais desses indivíduos, uma vez que os submete a tratamento de saúde ineficaz e contra a sua vontade, devem ser pensadas alternativas voluntárias que sejam capazes de dar dignidade a essas pessoas.

Ao longo dos anos foram implementadas diversas operações e programas com o objetivo de contornar a chamada epidemia do crack. Porém, a grande maioria deles tinha como escopo infligir dor, constrangimento e sofrimento aos usuários para que partisse deles a iniciativa de tratamento em meio fechado.

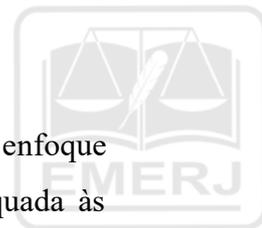
Entretanto, o uso da força reforçou a violação aos direitos humanos, a estigmatização e a marginalização desses indivíduos, sendo incapaz de resolver a questão das drogas, sobretudo porque a internação contra a vontade dos usuários de crack não é a medida mais adequada, pois incrementa a possibilidade de recaídas.

Com efeito, o aumento do consumo de crack jamais será resolvido com o emprego de violência e com a execução de políticas de limpeza de classes e de espaços públicos. A solução para o fim da luta contra as drogas está relacionada com a aplicação de medidas inclusivas, voluntárias, contínuas, com respeito à dignidade da pessoa humana e em longo prazo. A abordagem, portanto, deve ser direcionada à saúde pública e a redução dos danos associados ao consumo.

A Organização das Nações Unidas e a Organização Mundial da Saúde já se posicionaram de forma contrária à internação involuntária¹⁹, ao argumento de que as políticas públicas devem se orientar por princípios como a garantia de direitos humanos, o acesso aos mais qualificados métodos de tratamento e devem ser balizadas por evidências científicas.

Nesse sentido, a Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS -, a Organização Mundial da Saúde – OMS - e o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC - estabeleceram algumas recomendações sobre a promoção, a prevenção e o

¹⁹ONU. *Preocupação com a possibilidade de internação compulsória de usuários de drogas em São Paulo*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-manifesta-preocupacao-com-possibilidade-de-internacao-compulsoria-de-usuarios-de-drogas-em-sp/>>. Acesso em: 04 ago. 2018.



tratamento das drogas²⁰, quais sejam: i) a abordagem deve ser multilateral, com enfoque integrado, equilibrado, amplo e baseado em evidências, por meio da atenção adequada às pessoas e comunidades, para proteção da saúde; ii) é determinante que qualquer ação seja feita de forma voluntária e consentida por parte das pessoas que dela necessitam, de forma a prevenir a estigmatização e a exclusão social; e iii) respeitar, proteger e promover todos os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade inerente a todas as pessoas.

O Município do Rio de Janeiro, por meio da Portaria nº 3.088 de 2011²¹, instituiu a Rede de Atenção Psicossocial – RAPS - para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

A Rede de Atenção Psicossocial tem como componentes a unidade básica de saúde, os consultórios de rua e os centros de atenção psicossocial – CAPS -, que possuem uma equipe multiprofissional para tratamento e reinserção social de pessoas com transtorno mental grave e persistente e pessoas com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas.

Trata-se de medida de inclusão social com atenção humanizada e centrada nas necessidades dos usuários de crack, uma vez que promove o combate a estigmas e preconceitos, o respeito aos direitos humanos, a garantia de autonomia e de liberdade aos indivíduos, o acesso e a qualidade dos serviços de saúde, a oferta de cuidado integral e assistência multiprofissional sob a lógica interdisciplinar, bem como estratégias de educação permanente.

A Rede de Apoio Psicossocial também se preocupa com a desinstitucionalização. Isto é, a inclusão social de pessoas em situação de internação de longa permanência por meio dos Serviços Residenciais Terapêuticos, do Programa de Volta para Casa e da reabilitação Psicossocial.

Os Serviços Residenciais Terapêuticos são moradias inseridas na comunidade destinadas a acolher pessoas egressas de internação de longa permanência - dois anos ou mais ininterruptos em hospitais psiquiátricos ou hospitais de custódia - que não possuam suporte

²⁰BRASIL. *Resolução de 2016 da Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre Drogas*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/110/24/PDF/N1611024.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

²¹BRASIL. *Portaria nº 3.088, de 23 de Dezembro de 2011*. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5202308/4139572/PortariaN3.088RededeAtencaoPsicossocial.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.



social e laços familiares sólidos e necessitem de acompanhamento diário na realização de atividades domésticas, de lazer e sociais.

O Programa de Volta para Casa, por sua vez, consiste em auxílio reabilitação para pessoas com transtorno mental egressas de internação de longa permanência, enquanto a Reabilitação Psicossocial é uma iniciativa de geração de trabalho e renda solidários.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ratifica a importância de políticas públicas inclusivas para o combate ao uso de drogas ao recomendar a todos os defensores públicos, por meio da Recomendação nº 01/07²², que:

em se tratando de paciente sem transtorno mental e com necessidades decorrentes exclusivamente do uso de crack, álcool e outras drogas, se certifiquem da inclusão do paciente na Rede de Atenção Psicossocial, encaminhando-o ao Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas – CAPS AD ou, inexistindo este, Centro de Atenção Psicossocial de seu território (relação dos CAPS em anexo) para o tratamento e apoio necessários, extensivo às pessoas com vínculo familiar, afetivo ou comunitário do paciente, uma vez que a Lei nº 10.216/01 só autoriza a internação involuntária para pacientes portadoras de transtornos mentais. Em situações de surto, poderá ser acionado o serviço do CAPS III ou CAPS AD III do território do paciente, que possui funcionamento 24h, e/ou solicitado o auxílio do SAMU que prestará os primeiros atendimentos e inserirá o paciente no equipamento de saúde mais adequado da RAPS, conforme indicação médica.

O Município de São Paulo, por sua vez, criou o programa “De Braços Abertos”, por meio do Decreto Municipal nº 55.067/2014²³, que foi instituído com o objetivo de promover a reabilitação psicossocial de pessoas em situação de vulnerabilidade social e uso abusivo de substâncias psicoativas por meio da promoção de direitos e de ações assistenciais de saúde e de prevenção ao uso abusivo de drogas.

Tal programa apostou no resgate social dos usuários de crack por meio da oferta de oportunidades de ocupação e qualificação profissional, da promoção de alimentação, hospedagem e capacitação, da intervenção não violenta, da disponibilização de serviços de saúde pública e da revitalização do espaço urbano e requalificação do espaço público para exercício da cidadania. O resultado foi a redução em 80% do número dos usuários de crack na região da cracolândia de São Paulo²⁴.

Embora os referidos programas não sejam isentos de críticas e necessitem de aprimoramentos e fiscalização, ao menos formalmente correspondem aos ideais da lei

²² BRASIL, op. cit., nota 4.

²³BRASIL. *Decreto Municipal nº 55.067*, de 10 de março de 2004. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/decreto/2014/5506/55067/decreto-n-55067-2014-regulamenta-o-programa-de-bracos-abertos-e-altera-o-decreto-n-44484-de-10-de-marco-de-2004-que-regulamenta-o-programa-operacao-trabalho>>. Acesso em: 17 set. 2018.

²⁴PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Programa Braços Abertos*. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/noticia/mas-de-88-dos-beneficiarios-do-programa-de-bracos>>. Acesso em: 17 set. 2018.



antimanicomial, na medida em que representam avanços no sentido da cidadania das pessoas com transtornos mentais e com necessidades decorrentes do abuso de drogas.

Resta evidente, portanto, que a medida de internação involuntária não é a mais adequada, seja em relação ao usuário de drogas em razão da sua ineficácia e da ausência de previsão legal, seja em relação ao dependente químico, uma vez que a internação, nesse caso, só pode ocorrer de forma excepcional e desde que respeitado os artigos 6º, inciso II e 8º da Lei nº 10.216/01.

CONCLUSÃO

Conforme ficou demonstrado, a Lei nº 10.216/01 é expressão do movimento da Reforma Psiquiátrica no Brasil e rompeu completamente com o antigo modelo asilar, passando a enxergar as pessoas portadoras de transtornos mentais, incluindo aqui os dependentes químicos, como sujeitos de direitos, assegurando a eles um tratamento diferenciado, contínuo, com humanidade, respeito e no interesse exclusivo da saúde, de modo a possibilitar a recuperação dos indivíduos por meio de práticas inclusivas.

Aproveitando-se que a referida lei prevê de forma excepcional a internação involuntária, as autoridades públicas encontraram uma brecha para pleitear o tratamento forçado de usuários de crack com base na incapacidade desses indivíduos de autodeterminação e na defesa social.

Contudo, tais argumentos já demonstraram a sua fragilidade, uma vez que a internação contra a vontade dos indivíduos se mostra extremamente ineficaz, pois não se presta a reduzir o consumo de drogas, podendo até mesmo levar ao aumento de recaídas, além de fomentar a exclusão social. Já a necessidade de defesa social deve ser afastada uma vez que os usuários de crack não são indivíduos propensos ao crime, conforme ficou constatado na pesquisa realizada pela Fundação Oswaldo Cruz.

Ademais, não há dúvidas de que por trás dos argumentos de defesa social e de manifestação do direito à saúde esconde-se a urgência do poder público em neutralizar os antissociais por meio da limpeza de classes e dos espaços públicos.

Pode-se concluir, portanto, que a internação forçada não é a melhor forma de resolver a chamada epidemia do crack, muito pelo contrário, ela apenas a incrementa. A solução para o fim da luta contra as drogas passa por medidas inclusivas, voluntárias, de longo prazo e que respeitem a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais de todos.



REFERÊNCIAS

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos da sociologia do desvio*. [Tradução de Maria Luiza X. de Borges]. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. *Lei nº 10.216*, de 06 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. *Decreto Municipal nº 55.067*, de 10 de março de 2004. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/decreto/2014/5506/55067/decreto-n-55067-2014-regulamenta-o-programa-de-bracos-abertos-e-altera-o-decreto-n-44484-de-10-de-marco-de-2004-que-regulamenta-o-programa-operacao-trabalho>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. *Portaria nº 3.088*, de 23 de Dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5202308/4139572/PortariaN3.088RededeAtencaoPsicossocial.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. *Resolução de 2016 da Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre Drogas*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/110/24/PDF/N1611024.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

_____. *II Levantamento Nacional de Álcool de Drogas: O uso de cocaína e crack no Brasil*. Disponível em: <http://inpad.org.br/wp-content/uploads/2013/03/LENAD_PressRelease_Coca.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017.

ESTADÃO. *Crack*. Disponível em: <<http://infograficos.estadao.com.br/especiais/crack>>. Acesso em: 17 out 2017.

FIOCRUZ. *Pesquisa Nacional sobre o uso de crack*. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/10019/2/UsodeCrack.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 14. ed. [Tradução de Ligia M. Pondé Vassalo]. Petrópolis: Vozes, 1987.

LEMOS, Clécio; et al. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

ONU. *Preocupação com a possibilidade de internação compulsória de usuários de drogas em São Paulo*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-manifesta-preocupacao-com-possibilidade-de-internacao-compulsoria-de-usuarios-de-drogas-em-sp/>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

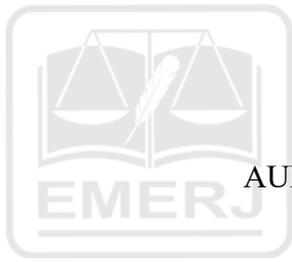
PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Programa Braços Abertos*. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/noticia/mais-de-88-dos-beneficiarios-do-programa-de-bracos>>. Acesso em: 17 set. 2018.



BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Recomendação nº 1/2017 da Comissão de Garantia da Atenção Integral à Saúde de Pessoas Privadas de Liberdade (COGASP)*. Rio de Janeiro, 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STRANO, Rafael. *Crack: política criminal e população vulnerável*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.



AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA EFICÁCIA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO FRENTE À SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Thamires de Jesus Ribeiro Dias

Graduada pela Universidade do Grande Rio
Professor José de Souza Herdy
(UNIGRANRIO). Advogada.

Resumo – A audiência de custódia é um instituto que garante ao preso em flagrante a ser levado no prazo máximo de 24 horas frente à autoridade judicial para que essa verifique se a medida é legal, necessária e para averiguar possíveis excessos na atuação da autoridade policial. Discute-se no ordenamento jurídico quanto à constitucionalidade, legalidade da audiência de custódia em razão da repercussão do instituto no processo penal e consequentemente no sistema carcerário brasileiro. Dessa forma, a essência do trabalho é analisar a constitucionalidade do instituto e verificar qual o impacto que a medida está causando no sistema carcerário desde sua implementação.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Processual Penal. Prisões. Direitos Humanos. Audiência de custódia.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsia quanto à constitucionalidade da audiência de custódia. 2. Aplicação da Audiência de Custódia e seu reflexo no Sistema Prisional Brasileiro. 3. Considerações acerca dos objetivos buscados pela implementação da Audiência de Custódia: estão sendo alcançados? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa visa a analisar os reflexos da audiência de custódia na atual situação carcerária do Brasil, bem como se a implementação da medida está alcançando de forma positiva os objetivos pelo qual foi idealizada.

Ainda que a audiência de custódia seja um tema polêmico acerca da sua legalidade, constitucionalidade e em razão da sua repercussão no processo penal, a medida possui aceitação doutrinária e jurisprudencial em razão da sua matéria, pois demonstra preocupação com garantias constitucionais, com o impacto que as prisões causam na vida dos indivíduos e na sociedade.

Dito de outro modo, a audiência de custódia possui controvérsias em relação a sua constitucionalidade devido à falta de previsão legal do instituto, no entanto, trata-se de medida que garante direitos constitucionais ao preso, uma vez que esse terá contato imediato com o juiz para verificação da legalidade e necessidade da prisão.

É diante dessa tensão que se desenvolve o tema da pesquisa.



O objetivo da presente pesquisa é analisar a audiência de custódia e demonstrar se a medida esta sendo efetiva frente ao sistema carcerário brasileiro, se as garantias constitucionais previstas pelo instituto estão sendo respeitadas, se seus objetivos estão sendo alcançados.

A pesquisa busca compreender a audiência de custódia e sua finalidade como garantidora dos direitos fundamentais do preso diante de uma prisão em flagrante e de possíveis ilegalidades cometidas nas prisões, bem como de garantir a dignidade, a ampla defesa e o contraditório.

É relevante reiterar que o tema é polêmico em relação a sua constitucionalidade em razão da falta de legislação sobre a matéria, no entanto, o tema é amplamente aceito na doutrina e na jurisprudência, assim, pode-se dizer que a audiência de custódia é encarada como uma garantia constitucional? Os objetivos da audiência de custódia estão sendo alcançados?

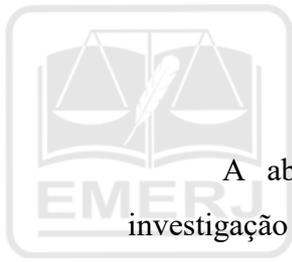
No primeiro capítulo, pretende-se enfrentar a controvérsia a cerca da constitucionalidade da audiência de custódia, como é aceita pela doutrina e jurisprudência, uma vez que a medida foi trazida para o ordenamento jurídico interno por meio de um tratado de direito internacional sobre direitos humanos.

No segundo capítulo, vencida a controvérsia sobre a constitucionalidade da medida, será analisado os reflexos da audiência de custódia no sistema prisional brasileiro e no direito comparado, fazendo uma análise histórica e de como o sistema prisional está nos dias atuais, enfrentando a problemática da superlotação carcerária.

No último capítulo será examinado se os objetivos da audiência de custódia estão sendo alcançados fazendo análise de suas vantagens e desvantagens para o ordenamento jurídico brasileiro e finalizando com números, porcentagens de prisões, se a medida está sendo eficaz e satisfatória garantindo ao preso um tratamento de acordo com os parâmetros constitucionais.

Tratando dos procedimentos metodológicos, quer-se reconhecer, de antemão, que é inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que garanta sistematicidade e cientificidade à pesquisa desenvolvida, a fim de garantir que ela traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores de direito em geral.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que o pesquisador identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado.



A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa que é uma forma de investigação científica onde se aponta de forma mais livre os pontos de vista sobre determinado tema, a pesquisa pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – leitura de material, discussões e reflexões das leituras de acordo com a legislação para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.

1. CONTROVÉRSIA QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia consiste no direito de apresentação do preso a um juiz de maneira rápida em casos de prisão em flagrante. Existe uma grande controvérsia a cerca da constitucionalidade do instituto devido a sua validade ser retirada de tratados internacionais e não de previsão constitucional.

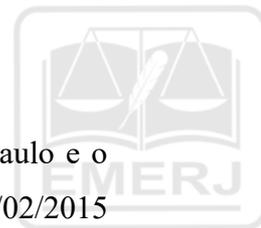
Com o fim da segunda guerra mundial o Conselho da Europa criou a Convenção Europeia com o fim de proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos indivíduos (CEDH) em que prevê a apresentação do preso a uma autoridade judicial ou outra autoridade. Assim, após a aplicabilidade do disposto no Conselho Europeu e devido a sua repercussão, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) resolveu adotar as medidas propostas, entrando em vigor no ano de 1978.

O Brasil tornou-se signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992.

Apesar de ser um instituto previsto em tratados internacionais e que trata de direitos e garantias para os cidadãos, o cumprimento da medida é muito questionado e muitas vezes não há se quer a efetivação da audiência em alguns tribunais devido à inexistência de previsão seja na Constituição Federal, seja no código de processo penal.

No Brasil ainda não existe lei que regule a audiência de custódia, o que existe atualmente é um projeto de lei no Congresso Nacional, o PLS nº. 554/2011¹ que visa alterar o artigo 306 §1º do código de processo penal para tratar da audiência de custódia de forma que a torne prevista legalmente no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, ainda carece de aprovação.

¹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado PLS nº 554/2011. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 17 de abr. 2018.



O Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério da Justiça implementaram o “Projeto Audiência de Custódia” no dia 07/02/2015 buscando efetivar os objetivos da audiência de forma experimental. No entanto, tal atitude foi criticada pela ADEPOL/BR – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, que ajuizaram uma Ação Indireta de Inconstitucionalidade de nº 5.240 contra a medida adotada. Além da ADEPOL/BR, a Associação dos Juizes Federais do Brasil entre outras entidades também são contra a aplicação da medida, porém, o STF julgou improcedente a ADI.

A audiência de custódia possui previsão em tratados internacionais em que o Brasil é signatário. A medida, também chamada de audiência de garantias, está prevista no Pacto de São Jose da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

O Pacto de São Jose da Costa Rica é o instrumento de maior importância no sistema interamericano de direitos humanos. O tratado foi assinado em 1969 em São José na Costa Rica com o propósito de garantir maior proteção aos direitos civis e políticos.

No entendimento de Flávia Piovesan²:

substancialmente, ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito de não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a algum julgamento justo, o direito a compensação em casos de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

Os tratados internacionais em que o Brasil é signatário possui força vinculante desde a sua internacionalização no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o artigo 5º §3º da Constituição Federal³, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

No que tange à incorporação do tratado internacional ao ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal⁴ entende que somente após a promulgação do tratado por meio de Decreto do Presidente da República que este se incorpora no ordenamento jurídico interno.

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 322.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 466343-1. São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.



O STF possui posição de que os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro são dotados de supralegalidade⁵, ou seja, são hierarquicamente superiores à lei infraconstitucional desde que respeitado o procedimento de aprovação e internalização no ordenamento.

Segundo Gilmar Mendes⁶:

[...] o STF definiu a tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos que sejam internalizados pelo direito pátrio. Ou seja, foi superado o entendimento anterior – no sentido de que os tratados, ainda que versassem sobre direitos humanos, teriam a mesma estrutura normativa das leis ordinárias – e prevaleceu, por maioria de votos, a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 1º (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7).

O Pacto de São Jose da Costa Rica foi ratificado pelo Brasil em 1992 e passa a ter validade no ordenamento jurídico interno com a promulgação do Decreto nº 678/1992. O Pacto em seu artigo 7º, item 6, dispõe que: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”. Diante disso, o CNJ criou o projeto de Audiência de Custódia onde permite o controle imediato da legalidade e necessidade manutenção da prisão pelo Juiz.

Nesse contexto, tanto o projeto do CNJ quanto o artigo 7º do Pacto visam garantir os direitos constitucionalmente previstos no artigo 5º, incisos LXV e LXVI da CFRB/88, além do artigo 306 do Código de Processo Penal que prevê os mesmos direitos.

Dessa forma, embora controverso, a audiência de custódia possui proteção do sistema constitucional, uma vez que o Pacto de São Jose da Costa Rica, embora seja uma norma materialmente constitucional, possui natureza de norma supra legal de eficácia plena e imediata de acordo com entendimento do STF, para o Supremo as normas de direitos humanos possuem aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, grande parte da doutrina defende que de acordo com entendimento do STF e artigo 5º, §2º da CRFB os tratados internacionais de direitos humanos possuem status constitucional. Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho e Ada Pellegrine Grinover⁷:

todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas escritas na Lei Maior. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as a Convenção Americana se integram e se completam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos constitucionais.

⁵ Ibid.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1053.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, Gomes Filho, Antônio Magalhães, *As Nulidades no Processo Penal*, 2009, p 71.



Portanto, embora não haja legislação expressa sobre a aplicabilidade da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, isto não pode ser um impedimento para sua aplicação. Isso porque, tal medida possui previsão em um tratado internacional de direitos humanos e, portanto, possui aplicabilidade imediata nos termos do artigo 5º parágrafo 1º da CRFB/88.

Conforme entende Jacinto Teles Coutinho⁸:

portanto, acreditamos que o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça têm toda a garantia legal para implementar esse importante mecanismo de cidadania denominado audiência de custódia, que, indubitavelmente, colaborará para, entre outras coisas, reduzir a superlotação carcerária, a violação dos direitos fundamentais, o sofrimento dos encarcerados pelas razões já amplamente conhecidas no Sistema Prisional do País, a partir, inclusive, de morosidade relacionada ao atendimento processual ao preso, principalmente para encontrar-se com o juiz competente do seu processo.

Em razão disso, as normas contidas no Pacto de São Jose da Costa Rica não podem ser ignoradas pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois trazem de forma expressa a realização da audiência de custódia como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. Ademais, não há que se falar em inconstitucionalidade da audiência de custódia, uma vez que a omissão de lei infraconstitucional não impede a efetividade e aplicabilidade de uma norma supralegal.

Portanto, conclui-se que a audiência de custódia é um direito proveniente da dignidade da pessoa humana e, sendo assim, trata-se de um direito fundamental. Ademais, a Constituição Federal em seu artigo 5º, parágrafo 2º⁹ dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por eles adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

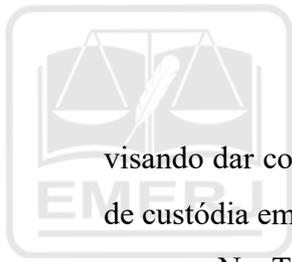
2. APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEU REFLEXO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

No Brasil a audiência de custódia ainda não foi regulamentada por lei, o que existe é um projeto de lei (PSL nº 554/2011)¹⁰ tramitando no Congresso Nacional como explicado no item anterior. No entanto, enquanto o projeto de lei não é votado alguns Tribunais de Justiça

⁸ COUTINHO, Jacinto Teles. *Audiência de custódia: garantia do Direito Internacional Público. Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, ago./set. 2015, p. 103.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

¹⁰ BRASIL. *Projeto de Lei n.º 554*, de 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 17 abr. 2018.



visando dar concretude a medida e com o apoio do CNJ passaram a regulamentar a audiência de custódia em seus atos internos.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹¹ a audiência de custódia é prevista nas resoluções 29 e 32 com as seguintes regras:

Artigo 2º - Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, sem demora ao juiz competente, a fim de realizar-se audiência de custódia.

Parágrafo único – Por decisão judicial, devidamente fundamentada, será dispensada a apresentação do preso quando forem reconhecidas circunstâncias pessoais que a inviabilize.

Artigo 3º - A central de Audiência de Custódia, ao receber o Auto de Prisão em Flagrante, deverá providenciar o registro, a atuação e a juntada de Folha de Antecedentes Criminais e histórico penal do preso, para exame imediato do juiz.

Desta forma, o legislador ao elaborar uma lei deve estar atento tanto para as normas constitucionais quanto para as normas dos tratados de direitos humanos internalizados pelo ordenamento brasileiro, pois estes possuem status de supralegalidade.

A implementação da Audiência de Custódia no Brasil ocorreu no Estado de São Paulo por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015¹² da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça, de acordo com o seguinte trecho:

Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.

Art. 3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.

§1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.

§2º Fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º [...]

O sistema carcerário no Brasil de acordo com os estudos do Departamento Penitenciário Nacional (Depen)¹³ consiste em cerca de 607.731 presos, existindo apenas 337 mil vagas no sistema penitenciário, no entanto, 40% da população carcerária são de pessoas sem condenação.

O Estado vem se mostrando incapaz de controlar a população carcerária o que causou a superlotação e a falência do sistema penitenciário fazendo com que o Estado busque por

¹¹ BRASIL. Diário da Justiça Estado do Rio de Janeiro. *Resolução n.º 29*, Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2272629/26-08-2015.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

¹² BRASIL, Diário de Justiça Eletrônico. *Provimento Conjunto da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça n.º. 03/2015*. Acesso em: 09 set. 2018.

¹³BRASIL. *Estadão Política*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-reflexos-da-aplicacao-da-audiencia-de-custodia-como-garantia-constitucional>. Acesso em: 09 set. 2018.



alternativas visando solucionar o problema, uma das alternativas trazidas pelo Estado foi a audiência de custódia, visando resguardar os direitos constitucionais dos presos.

A audiência de custódia foi vista como um benefício para tentar solucionar o problema da superlotação carcerária, uma vez que o acusado é apresentado imediatamente ao juiz, pois esse mecanismo possibilita que a autoridade judiciária aprecie a legalidade da prisão com a realização da audiência de custódia minimizando a possibilidade de prisões ilegais e desnecessárias.

A medida é importante, pois além da diminuição da população carcerária viabiliza o respeito as garantias constitucionais e garante ao preso o acesso à justiça. De acordo com artigo 5º, LV da CRFB¹⁴ “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 inerente”.

Um dos grandes defensores da implementação da audiência de custódia é o Ministro Ricardo Lewandowski. Segundo o Ministro¹⁵, os números da aplicação da audiência de custódia são bem satisfatórios, até maio de 2016 foram ouvidos 83 mil presos e 39 mil conseguiram liberdade.

A aplicação da audiência de custódia ajuda a humanizar a atuação dos juízes que não julgam apenas com base na folha de papel passou a ter contato direto com o acusado possibilitando uma análise mais justa e constitucional.

A expectativa com a audiência de custódia é que o quadro de superlotação das prisões seja superado, diminuindo a probabilidade de homicídios e suicídios de pessoas sob custódia provisória.

A apresentação do preso em flagrante a um magistrado, em até 24 horas após a prisão favorece a adoção de medidas alternativas ao encarceramento. De acordo com o coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) o alcance das audiências de custódia atacam a superlotação desproporcional do sistema prisional brasileiro. Para o Juiz Luís Geral Sant’Ana Lanfredi¹⁶

o encarceramento causa danos a quem está preso, mas sobretudo a quem não deveria estar preso. Por isso precisamos melhorar a forma de avaliar quem precisa estar em

¹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018

¹⁵ Disponível em: <<http://www.cnj.br/2016-mai-31/audiencia-custodia-nao-contribui-crime-lewandowski>>. Acesso em: 09 set. 2018.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídio?* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>>. Acesso em: 09 set. 2018.



uma prisão e quem não precisa. O que se pretende é melhor diferenciar quem deve estar preso e quem não deve. É, decididamente, de uma melhor qualificação da porta de entrada do sistema prisional o que precisamos como primeiro passo e medida estruturante para colocar essa situação de colapso prisional que vivemos em seu devido lugar.

A audiência de custódia além de avaliar a necessidade das prisões e da legalidade das mesmas, prevê também a implementação de centrais integradas de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal. São suportes previstos para que o magistrado tenha outras alternativas que não a prisão.

Haverá prevenção de torturas e eventuais casos de abuso cometidos em delegacias de polícia, assegurando a efetiva concretização dos direitos fundamentais. O Projeto de Lei nº 554¹⁷ representa a conquista de um processo penal renovado que tutela a dignidade humana ao preso em flagrante garantindo o imediato acesso à justiça.

A superlotação do sistema prisional brasileiro se deve na maioria dos casos a presos provisórios, de acordo com o Depen as unidades destinadas aos presos que ainda não foram julgados possuem uma taxa de ocupação de 192% o que equivale a dois presos para uma vaga.

A diretora executiva do Instituto de Defesa do Direito e Defesa, Isadora Fingerhann¹⁸ entende que a audiência de custódia tem sido extremamente positiva, considera as audiências “a melhor solução para o excesso de presos provisórios dos últimos anos”, pois manter presos os responsáveis por crimes de menor potencial ofensivo é um dos principais motivos para a atual situação de superlotação do sistema carcerário brasileiro.

3. EFEITOS PRÁTICOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A primeira audiência de Custódia ocorreu no Estado de Tocantins no dia 10 de agosto de 2015 e contou com a presença do Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Ricardo Lewandowski.

Com a inauguração da audiência de custódia o Conselho Nacional de Justiça¹⁹ emitiu parecer nos seguintes termos:

o juiz Esmar Cutódio Vênio Filho conduziu, nesta segunda-feira (10/08), em Palmas/TO, a primeira audiência de custódia do Estado do Tocantins. Ele concedeu

¹⁷ TEIXEIRA, Gabriela Haddad. *Projeto de lei nº 554/2011 do Senado Federal Brasileiro e a Regulamentação das Audiências de Custódia*. 2015. Monografia (Especialização) – Universidade de Brasília, Brasília.

¹⁸ *ibid.*

¹⁹ LINO, Marlowa Islanowy Assis. *Audiência de Custódia*. Revista Multidebates, v.1, n.2. Disponível em: <http://itopedu.com.br/revista/index.php/revista/article/view/23/30>. Acesso em: 24 set. 2018.

liberdade provisória a um homem de 37 anos de idade que havia sido preso em flagrante acusado de furtar um par de tênis.

Nos termos do artigo 312 da Lei nº 12.403/2011²⁰, que dispõe:

a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
parágrafo único – A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Portanto, com a análise do referido artigo se extrai o entendimento de que a prisão preventiva possui natureza subsidiária, devendo ser aplicado das medidas cautelares sempre que possível um rol alternativo de outras medidas garantidoras dispostas no artigo 319, I a IX do Código de Processo Penal que possuem a mesma eficácia. Logo, sempre que houver uma medida menos gravosa, essa deverá ser aplicada e a prisão se torna desnecessária além de ser sem justa causa a sua manutenção.

Nesse sentido, trata-se de direito do preso, mas que não existia aplicação no Brasil em razão da dificuldade de implementação da medida e frente às controvérsias sobre a legalidade do tema, assim o primeiro contato que o preso tinha com o juiz ocorria na audiência de instrução e julgamento, o que na maioria das vezes demorava mais de um ano para ocorrer.

A aplicabilidade da audiência de custódia visa garantir a proteção e preservação dos direitos humanos do acusado, assim disposto pelo Conselho Nacional de Justiça, 2015²¹:

audiência de Custódia consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere, garantindo que presos em flagrante sejam apresentados a um Juiz de Direito, em 24 horas, no máximo.

Portanto, a finalidade que se busca com a audiência de custódia é fazer com o preso em flagrante seja encaminhado o mais breve possível ao juiz para que este tome as medidas necessárias e, sempre que possível, resguarde a liberdade de locomoção do indivíduo. Concretizando os direitos fundamentais que se visa proteger com a medida e afastando as possíveis arbitrariedades cometidas pelo Estado do ato da prisão.

O cenário do sistema carcerário no Brasil vem mostrando uma realidade diversa, não sendo difícil constatar a banalização das prisões preventivas, decretada sem a observação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e da sua real necessidade.

²⁰ 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 set. 2018.

²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerarioe-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>. Acesso em: 25 set. 2018.



Ocorre que esta situação ocasiona diversos prejuízos para a sociedade, uma vez que esse ciclo agrava a situação do preso quando não observada a principal finalidade da pena, qual seja, a reintegração da pessoa novamente no convívio social por meio de políticas humanísticas. Neste sentido, cabe ressaltar o pensamento de Carneluti²²:

o homem, quando suspeito de um delito, é jogados às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, lembremo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.

A proposta da justiça restaurativa não visa acabar com o sistema penal, mas pretende que sejam solucionados os problemas para que haja um sistema mais eficaz para toda a sociedade, tanto para a vítima quanto para o acusado, objetivando uma recomposição dos danos causados.

A ONU enaltece a utilização de programas de justiça restaurativas em matéria criminal na Resolução nº 12 de 2002²³ onde afirma que as medidas não prejudicam o direito público subjetivo dos Estados de processar os possíveis ofensores, onde enfatiza: A justiça restaurativa evoluiu como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades.

Conforme noticiado no G1.globo.com no ano de 2015, Cerca de 8 mil pessoas presas em flagrante deixaram de entrar nos presídios em 2015, após passarem por audiências de custódia, informou o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Ricardo Lewandowski.

Importante salientar que além da diminuição de presos provisórios o que acarreta a falha no sistema carcerário, a audiência de custódia também viabiliza o respeito às garantias constitucionais como o princípio do contraditório além de garantir o acesso à justiça ao acusado.

A implementação das audiências de custódia é um avanço para o Poder Judiciário. Segundo Ricardo Lewandowski²⁴ o projeto representa um “salto civilizatório” para o Brasil,

²² CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*, tradução, José Antonio Cardinali, Conan, 1995.

²³ ONU. Resolução Nº 12 DE 2002. *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_UNU_2002.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

²⁴ Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,audiencia-de-custodia-eficacia-para-o-sistema-carcerario-contemporaneo,56389.html>>. Acesso em: 25 set. 2018.

de acordo com o Ministro, esse passo dado não se está apenas dando efetividade a um princípio importantíssimo, que é o da dignidade da pessoa humana, mas também cumprindo uma obrigação que o país assumiu ao assinar tratados internacionais.

Um dos maiores problemas do sistema carcerário brasileiro hoje em dia são as prisões cautelares, um relatório do Infopen²⁵ divulgado pelo Ministério da Justiça em 2015, mostrava que naquele ano o Brasil contava com uma população carcerária de 620 pessoas, destes 40% estão em situação provisória, chegando a posição de quarta maior do mundo. Segundo o Infopen, o número de vagas até aquele ano era de 376.669 e estava com um déficit de 231.062 de vagas.

Analisando o levantamento dos dados das audiências de custódia do portal do Conselho Nacional de Justiça²⁶ pode-se verificar que os números de liberdades provisórias chegaram a 58.200, até o mês de agosto de 2016, totalizando o percentual de 46,85% dos casos.

É notório que a implementação das audiências de custódia possui seus pontos positivos, a começar o fato de o Brasil após 20 anos começar a cumprir dispositivo previsto em acordos internacionais.

No entanto, possui seus aspectos negativos, como a falta de policiais suficientes para realizar as conduções ao magistrado. Não há juízes, promotores e defensores suficientes para garantir o cumprimento do prazo de 24 horas para apresentação do preso após a situação de flagrante, não há estrutura e equipamentos adequados para a aplicação adequada das medidas de penas alternativas.

Pelo exposto, conclui-se que para o problema da atual situação de superlotação carcerária seja solucionado é necessário um grande investimento por parte do Estado para viabilizar a concretização das medidas visando garantir tanto a diminuição da população carcerária como a ressocialização do indivíduo.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a constitucionalidade da audiência de custódia e o seu impacto no sistema carcerário brasileiro. A controvérsia gira em

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerarioe-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acesso em: 25 set. 2018.



torno da constitucionalidade do instituto em razão da sua validade ser retirada de tratados internacionais e não de expressa previsão constitucional.

Apesar de o instituto ser previsto em tratados internacionais e garantir direitos para os cidadãos, a medida é muito questionada, uma vez que no Brasil ainda não existe lei que regulamente a audiência de custódia.

Os tratados internacionais que o Brasil se torna signatário possui força vinculante desde a sua internacionalização no ordenamento jurídico brasileiro. O STF possui posição de que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro são dotados de supralegalidade.

Na prática, grande parte da doutrina entende que a audiência de custódia possui proteção do sistema constitucional, uma vez que o Pacto de São José da Costa Rica, embora seja uma norma materialmente constitucional, possui natureza de norma supra legal.

O entendimento a que chegou este pesquisador é de que não há que se falar em inconstitucionalidade da audiência de custódia, o instituto garante direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e de acordo com o Supremo Tribunal Federal normas de direitos humanos possuem aplicabilidade imediata.

Quanto a questão que se desenrolou no segundo capítulo, a de se verificar que existe um projeto de lei, PSL nº 554/2011, tramitando no Congresso Nacional. Todavia, enquanto o projeto não é votado alguns tribunais de justiça estão regulamentando a audiência de custódia com o apoio do Conselho Nacional de Justiça.

Observou-se que o sistema carcerário no Brasil de acordo com estudos do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) consiste em cerca de 607.731 presos existindo apenas 337 mil vagas no sistema penitenciário sendo que 40% da população carcerária são de presos provisórios.

O principal argumento usado nessa pesquisa, para a solução dessa questão, sustenta-se que a audiência de custódia é benéfica, pois ao apresentar o acusado imediatamente ao Juiz possibilita que a autoridade judiciária verifique a legalidade da prisão diminuindo desta forma as prisões ilegais e desnecessárias.

A medida se demonstrou importante, pois além da possível diminuição da população carcerária viabiliza o respeito as garantias constitucionais e o acesso à justiça ao acusado.

A aplicação da audiência de custódia ajuda a humanizar a atuação dos juízes que não julgam com base em uma folha de papel, mas sim passou a ter contato direto com o acusado possibilitando uma análise mais justa e constitucional.



Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a audiência de custódia além de avaliar a necessidade das prisões e da legalidade das mesmas, apresenta uma solução para diminuir a população carcerária, garantindo os direitos constitucionais dos acusados e o seu acesso à justiça de uma forma mais justa e humanitária.

Ficou evidente que a superlotação do sistema prisional brasileiro se deve na maioria dos presos provisórios, ou seja, sem condenação. De acordo com o Depen a taxa de ocupação de presos sem condenação é de 192% o que equivale a dois presos por vaga.

A audiência de custódia deve ser encarada como a solução para transformar a realidade do sistema carcerário no Brasil visando dar concretude aos direitos garantidos pela constituição e verificando a real necessidade da manutenção da prisão rente ao excesso de presos provisórios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado PLS 554/2011*. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>, Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 466343-1. São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>, Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. *Projeto de Lei n.º 554*, de 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>, Acesso em 17 abr. 2018.

_____. Diário da Justiça Estado do Rio de Janeiro. *Resolução n.º 29*, Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2272629/26-08-2015.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.



_____. *Diário de Justiça Eletrônico*. Provimento Conjunto da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça nº. 03/2015. Acesso em: 09 set. 2018.

_____. Estadão Política. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-reflexos-da-aplicacao-da-audiencia-de-custodia-como-garantia-constitucional>>, Acesso em: 09 set. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídio?* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>>. Acesso em: 09 set. 2018.

_____. 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 set. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerarioe-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerarioe-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acesso em: 25 set. 2018.

COUTINHO, Jacinto Teles. *Audiência de custódia: garantia do Direito Internacional Público. Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, ago./set. 2015, p. 103.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,audiencia-de-custodia-eficacia-para-o-sistema-carcerario-contemporaneo,56389.html>>. Acesso em: 25 set. 2018.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-31/audiencia-custodia-nao-contribui-crime-lewandowski>>. Acesso em: 09 set. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As Nulidades no Processo Penal*, 2009.

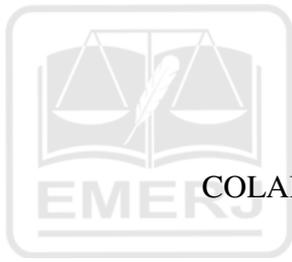
LINO, Marlowa Islanowy Assis. *Audiência de Custódia*. Revista Multidebates, v.1, n.2. Disponível em: <http://itopedu.com.br/revista/index.php/revista/article/view/23/30>. Acesso em: 24 set. 2018.

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

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2012.



TEIXEIRA, Gabriela Haddad. *Projeto de lei nº 554/2011 do Senado Federal Brasileiro e a Regulamentação das Audiências de Custódia*. 2015. Monografia (Especialização) – Universidade de Brasília, Brasília.



COLABORAÇÃO PREMIADA: OS LIMITES DA ATUAÇÃO ESTATAL NESTE MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL

Thaynara da Conceição de Souza

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – o elevado índice de criminalidade atual vem forçando o Estado a repensar suas políticas criminais com o fim de recuperar o controle da pacificação social sem deixar de lado as orientações norteadoras extraídas dos direitos fundamentais, corolário da dignidade da pessoa humana e fundamento da República Federativa do Brasil. Cada vez mais se percebe a necessidade da cooperação processual das partes para formação de um processo justo, democrático e eficaz na luta das instituições contra as arbitrariedades e corrupções que assolam o país. O instituto da colaboração premiada surgiu nesse cenário como um meio de obtenção de provas com a finalidade de dismantelar crimes e organizações criminosas complexas que vem levando a sociedade às ruínas. A essência deste trabalho é demonstrar, com argumentos sólidos, a indiscutível adequação do referido instituto da colaboração premiada com os anseios sociais e o seu enquadramento em todo ordenamento jurídico pátrio vigente, sem que se precise abandonar a tutela do homem como sujeito de direitos e o seu lugar em um estado democrático, livre e, acima de tudo, de direito, que impõe uma atuação estatal limitada e estrita à legalidade.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Colaboração Premiada. Limites.

Sumário – Introdução. 1. Constitucionalidade da colaboração premiada como meio de prova no processo criminal e a indisponibilidade dos direitos fundamentais. 2. A prisão do colaborador como modo coerção estatal e a exigência de voluntariedade deste para a celebração do acordo de colaboração premiada. 3. A indisponibilidade da ação penal e os limites da atuação do Ministério Público na colaboração premiada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a contribuição da colaboração premiada na persecução criminal como meio de prova e os limites estatais no seu desenvolvimento à luz das normas fundamentais protetivas da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, o artigo se baseia em artigos, posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de sorte a discutir a eficácia da colaboração premiada como mecanismo de combate ao aumento da criminalidade, especialmente no âmbito de organizações criminosas, que amedronta a vida em sociedade e a sua utilização como meio de obtenção de prova em investigações criminais e processos judiciais, à luz das normas protetivas da dignidade da pessoa humana como vetor limitador da atuação estatal na elaboração de acordos com fulcro nos princípios da legalidade e interesse social.



O tema é controvertido tanto na doutrina acerca do assunto quanto na jurisprudência e merece muita atenção, dada a possibilidade de relativização de normas que são consideradas como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal.

Pretende-se discutir a constitucionalidade dos acordos de colaboração premiada e sua eficácia, e a imperiosa necessidade de maior regulamentação dos limites da atuação estatal na elaboração dos acordos e no ato de sua homologação tendo por fundamento o fato de que esse instituto está inserido em um Estado Democrático de Direito que se submete, dentre outros, ao princípio da legalidade e supremacia do interesse público.

O primeiro capítulo se inicia com a ponderação de normas constitucionais que tutelam a dignidade da pessoa humana no processo criminal e a constitucionalidade do instituto da colaboração premiada como meio de prova no processo criminal sob o prisma do livre arbítrio do colaborador na disposição de alguns direitos fundamentais envolvidos, desde que em seu favor, e o inegável êxito deste modelo de justiça negocial no desmantelamento de organizações criminosas.

Segue-se, no segundo capítulo, com a análise da ausência ou não de voluntariedade na manifestação de vontade do colaborador no caso de agentes presos que realizam o acordo de colaboração premiada e a capacidade de caracterizar coerção estatal que vicia o ato de sorte a impedir a sua homologação e a produção de efeitos.

O terceiro capítulo analisa a indisponibilidade da ação penal pública e a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, desde que observados os requisitos legais, de modo a defender maior autonomia da instituição na concessão de benefícios na elaboração do acordo de colaboração premiada à luz da supremacia do interesse público.

A pesquisa é desenvolvida com uma abordagem qualitativa de sorte que a pesquisadora se vale da bibliografia pertinente ao tema em questão – analisada e fichada em fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina, artigos e jurisprudência) – para apoiar e corroborar sua tese.

1. CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO CRIMINAL E A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colaboração premiada, instituto corolário da justiça criminal negocial previsto na Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), no art. 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei de Drogas), na Lei nº 12.850/13 (Lei de Organização Criminosa), na Lei nº 9.613/98 (Lei



de Lavagem de Dinheiro), e outros, ganhou especial relevância no ordenamento jurídico nacional diante do atual cenário de crise econômica e social que assola o país, principalmente com o crescimento desenfreado dos índices de criminalidade, criando margens de consenso entre as partes na investigação e na persecução penal em prol da produção de provas necessárias à elucidação dos fatos, à formação de justa causa, à recuperação de vítimas com a sua integridade preservada e de bens que são produtos dos delitos, entre outros.

Trata-se, em síntese, de um meio de obtenção de prova na condução de procedimentos criminais que vem sendo aplicado na persecução penal de crimes econômicos formalizado por meio de um acordo estabelecido entre o delegado de polícia e o investigado e seu defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou entre o Ministério Público e investigado ou acusado e seu defensor. Posteriormente, o acordo de colaboração deve ser remetido ao juiz que o homologará apenas para verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade.¹

Segundo o Ministro Dias Toffoli²

[...] a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Ocorre que, a despeito de se revelar como um suporte à eficácia do processo criminal e à efetivação da lei penal, o referido instituto tem sido alvo de duras críticas doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente no tocante ao aspecto de eventual criação de barganha de direitos fundamentais que são, em um primeiro momento, indisponíveis, o que, para alguns, significaria flagrante inconstitucionalidade por violação ao Estado de Direito que se baseia no neoconstitucionalismo.

O cerne da discussão está na ponderação entre a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana e a supremacia do interesse público, este revelado como vetor orientador máximo da atuação do Estado.

¹GORGA, Maria Luiza. MARCHIONI, Guilherme Lobo. *Sanção para quem mente em delação premiada precisa ser revista*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-04/sancao-quem-mente-delacao-premiada-revista#author>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127483*. Relator: Ministro Dias Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308597935&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.



Segundo Santos³, nos termos do artigo 5º da CRFB/88, a função precípua do Direito Penal é a de proteger os bens jurídicos valiosos elencados, não podendo o Estado violar frontalmente valores importantes que se dispõe a garantir. Neste sentido, não haveria coerência na previsão do acordo de colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro haja vista que ao Estado é dada a qualidade de garantidor dos bens jurídicos mais relevantes socialmente ao mesmo tempo em que outorgaria às autoridades um mecanismo de caráter antiético que fomenta a traição, o individualismo, a imoralidade e a desconfiança.

Damáσιο de Jesus⁴ enxerga a previsão normativa do instituto como algo que revela um absurdo ético sob fundamento de que se por um lado representa importante mecanismo de combate à criminalidade organizada, de outro traduz-se num incentivo legal à traição. Sustenta, ainda, que a colaboração premiada não pode se tornar um fim em si mesma de sorte que as autoridades envolvidas devem buscar outros meios probatórios que confirmem a declaração aposta no acordo. Disto se extrai que a colaboração premiada deve ser interpretada como um meio de obtenção de prova e não como fonte de prova.

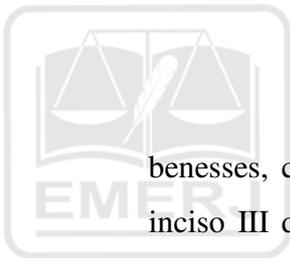
Todavia, não obstante as posições jurídicas acima expostas, a maioria da doutrina e da jurisprudência corretamente enxerga o instituto em comento como um mecanismo eficaz, adequado, útil e convergente com todo o ordenamento jurídico.

Em um Estado Democrático de Direito que prevê a liberdade e isonomia como valores basilares da sociedade, a legitimação da atuação estatal se extrai da mínima interferência das autoridades nas relações sociais e da completa ausência de arbitrariedades na imposição do cumprimento das normas. Neste diapasão está a colaboração premiada que, por um comando normativo, cria a possibilidade de o agente, de forma voluntária e consciente, fazer escolhas que, se não os evitarem, reduzem consideravelmente os efeitos sancionatórios de uma sentença penal condenatória e, por conseguinte, contribui para a eficácia da atuação estatal na repressão da criminalidade, reforçando a força impositiva da norma penal perante a sociedade em homenagem ao caráter preventivo geral da pena.

A colaboração premiada é um meio idôneo e constitucionalmente legítimo de produção de provas no processo penal à medida que o indivíduo, fazendo uso de sua autodeterminação, opta por cooperar com as autoridades, sem qualquer ato de coação externa, abuso ou qualquer outro que atente contra os seus direitos fundamentais, em troca de

³SANTOS apud MENDONÇA, Ana Paula Gadelha. *A Aplicabilidade da delação premiada na nova lei de crime organizado (lei 12.850/13)*. 2014. 21f. Trabalho de conclusão de curso (Pós-graduação lato sensu) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

⁴JESUS, Damásio de. *O estágio atual da delação premiada no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/7551/1>>. Acesso em: 14 abr. 2018.



benesses, concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da CRFB/88, no que tange à proteção da liberdade individual e do livre arbítrio. Insta assinalar ainda que o acordo formulado pelas partes deverá ser escrito e assinado por eles e pelo defensor do agente investigado/acusado, sendo, posteriormente, submetido a um juízo de admissão e homologação pelo órgão jurisdicional, o que reforça a tutela efetiva dos direitos inerentes ao colaborador e viabiliza maior controle sobre a legalidade do ato, consolidando a dignidade do indivíduo. Neste ponto, sustenta Costa⁵ que:

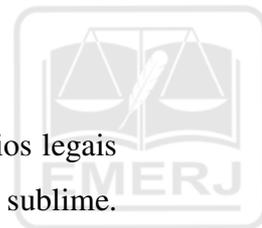
[...] O criminoso não é obrigado a negociar. É um ato de iniciativa pessoal dele. As leis que tratam do favor premial colocam essa característica indispensável para que a delação seja premiada: a voluntariedade e/ou espontaneidade do agente (...) Mesmo sugerido por terceiros, respeita-se a liberdade de escolha do indivíduo e a decisão última é dele. Em se delatando, receberá se prêmio, se tornar efetivo Jus Persequendi do Estado. [...]

A alegação de que a colaboração premiada significaria uma violação ao princípio da proporcionalidade, sob fundamento de que resultaria em uma aplicação diferente da pena para agentes que atuaram no mesmo crime, nas mesmas condições e circunstâncias e empregando os mesmos meios também não merece prevalecer haja vista que, em homenagem ao também fundamental direito à individualização da pena, a reprimenda penal deve ser aplicada levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto e suas conseqüências danosas à sociedade. Logo, tendo em vista que aquele que colabora age de modo a atenuar os prejuízos sofridos pela sociedade e a atender o desejo social de repressão à criminalidade, este merece ser apenado de forma distinta e menos gravosa levando em conta suas circunstâncias pessoais.

No que toca à suposta violação do direito ao silêncio e da vedação à sujeição do indivíduo à autoincriminação, ainda assim não há que se falar em inconstitucionalidade do instituto uma vez que, como já dito anteriormente, este se reveste de voluntariedade e só deverá ser considerado apto a exercer influência sobre o livre convencimento do juízo caso estejam presentes todos os requisitos legais, dentre os quais está a livre manifestação de vontade sem qualquer mácula que vicie o negócio jurídico, caracterizando, portanto, o uso pleno do livre arbítrio oriundo da liberdade garantida como preceito fundamental.

Neste sentido, cabe ressaltar, ainda, que o direito fundamental à ampla defesa abrange também a autodefesa, o que significa dizer que o indivíduo poderá, por autorização constitucional, se utilizar dos meios que mais lhe aprouver para alcançar a melhor situação jurídica que lhe for possível. Portanto, caso o indivíduo, de forma voluntária e no exercício do

⁵COSTA apud MENDONÇA, op. cit., nota 3.



seu direito de defesa, resolva cooperar com a persecução penal em troca de benefícios legais está realizando o direito à preservação da sua dignidade humana em seu aspecto mais sublime.

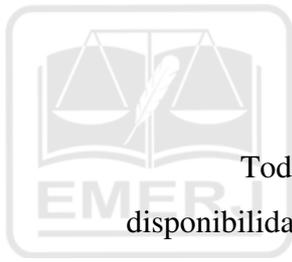
Posto isso, a colaboração premiada, além de representar eficaz manifestação da materialização da dignidade da pessoa humana, ainda eleva o interesse público ao seu real e constitucional status de norte da atuação estatal. O instituto torna viável uma resposta efetiva aos anseios sociais pela redução da criminalidade tendo em vista a criatividade e sofisticação que os criminosos têm empregado em suas ações delituosas e nos meios de garantir a impunidade destas. Em última análise, a colaboração premiada ainda cria mecanismos de proteção e defesa da manutenção da integridade das instituições, da higidez do pacto federativo, da soberania do Estado e da própria força normativa da Constituição Federal, o que demonstra total convergência do estudado instituto com o ordenamento jurídico brasileiro.

2. A PRISÃO DO COLABORADOR COMO MODO DE COERÇÃO ESTATAL E A EXIGÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE DESTE PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

O fato de o colaborador estar preso no momento em que firma o acordo de colaboração premiada tem sido alvo de muitas críticas por estudiosos que colocam em questionamento a sua higidez, especialmente no que tange aos motivos que levaram o agente colaborador a firmá-lo. O principal argumento utilizado por eles é que o cerceamento da liberdade do agente pela prisão caracteriza uma ausência de voluntariedade na manifestação deste, o que eivaria o Termo de Colaboração de ilegalidade, já que os dispositivos legais que o prevêm exigem a presença dos pressupostos de voluntariedade e espontaneidade para que o acordo seja válido e as declarações nele constantes sejam utilizadas na persecução criminal.

Não há dúvidas de que a decretação da prisão com o fim único e exclusivo de coagir o agente a firmar um acordo de colaboração premiada é ilegal, seja porque não preenche os pressupostos autorizadores da prisão preventiva dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal⁶, seja porque não atende aos princípios norteadores do ordenamento jurídico penal, mais especificamente a determinação da prisão como *ultima ratio* nos procedimentos criminais.

⁶BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.



Todavia, uma vez caracterizada como legal a prisão, considerá-la um óbice à disponibilidade do agente de realizar um negócio jurídico que acarretaria em benesses para ele, podendo, inclusive, acarretar em uma ausência de denúncia ou um perdão judicial, medidas extremas a depender da fase em que se encontra a persecução penal, nos termos do artigo 4º, caput e parágrafo 4º, da Lei nº 12850/13⁷, significaria, em última análise, uma limitação ao exercício da ampla defesa pelo agente, o que é expressamente vedado pela Carta Magna.

É imperioso destacar que o parágrafo 7º do artigo 4º da Lei nº 12850/13⁸ dispor acerca da remessa do Termo de Acordo de Colaboração Premiada ao juiz para homologação, determina que este deverá verificar a sua regularidade, legalidade e voluntariedade, e, a fim de resguardar ainda mais a higidez das manifestações do colaborador e a garantia de inviolabilidade de seus direitos fundamentais perquirindo a voluntariedade de suas declarações, o normativo dispõe, por fim, que o juiz poderá sigilosamente ouvir o colaborador na presença de seu defensor. Daí se extrai que a legislação mais robusta aplicável ao tema, em consonância com o texto do artigo 41 da Lei nº 11343/06⁹ e com o artigo 14 da Lei nº 9807/99¹⁰, exige tão somente a presença do requisito da voluntariedade na celebração do acordo, a despeito de outros diplomas legais que tratam dessa cooperação fazerem menção à espontaneidade, tais qual, o parágrafo 5º do artigo 1º da Lei nº 9613/98¹¹. Entretanto, ainda nesses casos de expressa menção ao termo espontaneidade, uma vez realizada uma interpretação sistemática e teleológica da lei dentro de todo o ordenamento jurídico no qual ela se insere e dos fins por ela pretendidos, mais razoável seria a interpretação do dispositivo no sentido de que a intenção do legislador era de atribuir-lhe o significado dado ao termo voluntariedade.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que espontâneo é o ato cuja motivação é interna ao agente, isto é, não há estímulo nem sugestão externa, mas a vontade decorrente de fatores intrínsecos àquele que age desse modo. Já voluntário, por sua vez, é o ato possivelmente (mas não necessariamente) derivado de provocação, estímulo, sugestão, enfim, de fator externo a

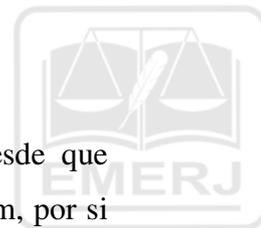
⁷BRASIL. *Lei nº 12850*, de 02 de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁸Ibid.

⁹BRASIL. *Lei nº 11343*, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/112343.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

¹⁰BRASIL. *Lei nº 9807*, de 13 de Julho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

¹¹BRASIL. *Lei nº 9613*, de 03 de Março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.



deflagrar a vontade do agente.¹² Assim, temos que a mera prisão do agente, desde que preenchidos os pressupostos autorizadores legais e não sendo a colaboração o seu fim, por si só, não pode ser considerada uma coerção ilegal praticada pelo Estado de sorte a retirar, do acordo, a voluntariedade exigida pela norma e inviabilizar que o agente, no exercício de seus direitos fundamentais e adequadamente informado acerca das conseqüências de suas manifestações, possa optar por aderir a um modelo de justiça negocial que lhe trará grandes benefícios, mesmo porque isso se insere no âmbito de liberdade do agente de busca de melhores condições para si.

Consoante o Ministro Dias Toffoli¹³

[...] Por sua vez, esse acordo somente será válido se: a) a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé; e b) o seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável. Destacou que a “liberdade” de que se trata seria psíquica e não de locomoção. Assim, não haveria óbice a que o colaborador estivesse custodiado, desde que presente a voluntariedade da colaboração. Ademais, no que se refere à eficácia do acordo, ela somente ocorreria se o ato fosse submetido à homologação judicial. Esta limitar-se-ia a se pronunciar sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo. [...]

Reconhece-se que o agente, investigado ou acusado, tem garantido o direito ao silêncio, nos termos do artigo 5º, LXIII da Constituição Federal¹⁴, e o direito a não se auto-incriminar, corolário do princípio do *nemo tenetur se detegere*, e estes jamais devem ser confrontados pelo uso da força, coerção ou intimidação, não havendo ressalva a este direito no ordenamento jurídico que preveja a utilização da ameaça de prisão para relativizá-lo. Aliás, este proceder não é amena questão moral – é tortura.¹⁵ Por essa razão, o que se defende com a sustentação de legalidade da colaboração premiada, mesmo nos casos de colaborador preso, é que, muito embora este tenha se manifestado favorável a celebração do acordo por se ver envolvido em um cenário de cerceamento de liberdade ambulatorial, somente a realização da prisão dissociada de qualquer elemento que indique abuso de autoridade não é suficiente para macular o Termo de Acordo, já que, no caso de entendimento contrário, estar-se-ia

¹²ANDREATO, Danilo. *Colaboração premiada: Ato “espontâneo” ou “voluntário” do colaborador*. Disponível em: <https://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4620>.

Acesso em: 08 set. 2018.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 127483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28VOLUNTARIEDADE+NA+COLABORACAO+PREMIADA%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/y9mqgwu4>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

¹⁵GORGA, Maria Luiza. MARCHIONI, Guilherme Lobo, op. cit., nota 1.



procedendo a uma presunção de ilegalidade dos atos dos agentes públicos envolvidos na sua celebração, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

3. A INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA COLABORAÇÃO PREMIADA

O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública determina que o representante do Ministério Público, uma vez constatada a prova de materialidade de um crime e indícios suficientes de autoria que corroboram a existência de justa causa, ao receber o inquérito policial ou outro procedimento, estará obrigado a oferecer denúncia, sem que se faça qualquer juízo de conveniência e oportunidade. O artigo 28 do Código de Processo Penal¹⁶ reforça essa tese ao dispor que o juiz, não se convencendo das razões invocadas pelo Ministério Público no pedido de arquivamento do inquérito policial em vez do oferecimento de denúncia, poderá fazer remessa dos autos de inquérito ou das peças de informação ao procurador-geral para que este ofereça a denúncia, designe outro órgão do Ministério Público para fazê-lo ou, ainda, insista no pedido de arquivamento, hipótese esta na qual só então estará o juiz obrigado a atender, dada a titularidade da ação penal pública. Neste mesmo sentido está a norma legal disposta no artigo 42 do Código de Processo Penal¹⁷ que prevê a impossibilidade de desistência da ação penal pelo Ministério Público.

A indispensabilidade da ação penal por parte do Estado é um preceito profundo nas entranhas de sua necessidade e até soberania, a partir do momento em que o mesmo toma para si a responsabilidade das medidas punitivas, extinguindo a vingança privada, por exemplo, como explana Afrânio Silva Jardim¹⁸

[...] No momento em que o Estado proibiu a vingança privada, assumiu o dever de prestar jurisdição, monopolizando esta atividade pública. Percebeu-se, em determinado momento histórico, que ao Estado deve caber o combate à criminalidade, seja preventiva, seja repressiva. O Estado tem o dever de punir. [...]

Contudo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal não é absoluto e cada vez mais o sistema jurídico vem se mostrando tendente à sua mitigação por razões de políticas criminais que buscam tutelar bens jurídicos extremamente relevantes e o efetivo atendimento

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁸JARDIM apud Figueiredo, Raphaela. *A (in)constitucionalidade da delação premiada*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/65666/1>>. Acesso em: 24 set. 2018.



do interesse público, tendo sempre como norte a pacificação social. É o que se vê, por exemplo, nas medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9099/95 (Lei dos Juizados Criminais) e nas disposições que regulamentam a colaboração premiada previstas na Lei nº 12850/13 (Lei das Organizações Criminosas).

Com o advento da Lei nº 9099/95, mais especificamente nas normas dispostas entre os artigos 76 e 89¹⁹, é possível se ver de forma nítida a referida mitigação da obrigatoriedade da ação penal, passando a ser possível que o Ministério Público, uma vez preenchidas as condições legais, ofereça transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo, quais sejam, aquelas nas quais a pena máxima não seja superior a dois anos, e suspensão condicional do processo, nos casos em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano. Vale ressaltar que, neste último caso, poderá o membro do *parquet* oferecer *sursis* ainda nos casos em que o delito não seja abrangido pela lei dos juizados criminais.

A Lei nº 12850/13, ao regulamentar a utilização da colaboração premiada como meio de obtenção de prova aos crimes praticados no seio de organizações criminosas, cujos dispositivos possuem aplicação analógica às normas que tratam deste mesmo instituto em outras leis, evidenciou esse caráter relativizador da obrigatoriedade da ação penal ao dispor, em seu artigo 4º, parágrafo 4º²⁰, que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia nos casos em que o agente colaborador for o primeiro a prestar efetiva colaboração e que ele não seja o líder da organização criminosa, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

Ressalte-se, ainda, a Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público²¹ que, alterada pela Resolução nº 183, dispõe, em seu artigo 18, da possibilidade de o Ministério Público, não sendo caso de arquivamento, oferecer ao investigado um acordo de não-persecução penal nos casos em que o delito em questão possua pena mínima cominada inferior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, desde que o investigado tenha confessado a sua prática, o que é objeto das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nº 5790 e 5793 pendente de julgamento no STF sob argumento de que, dentre outros, padece de vício de inconstitucionalidade dada a inovação da ordem jurídica não admitida pela via utilizada²².

¹⁹BRASIL. Lei nº 9099, de 26 de Setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

²⁰BRASIL. Lei nº 12850, de 02 de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

²¹BRASIL. Resolução nº181, de 07 de Agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>>. Acesso em: 24 set.2018.

²² ZIESEMER, Henrique da Rosa; JÚNIOR, Jadel da Silva. *As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/64178/1>>. Acesso em: 24 set. 2018.



Diante de todo o acervo legal acima aduzido, se vê que não há qualquer óbice na legislação para que o Ministério Público atue de forma mais eficiente no processo penal, analisando a necessidade e adequação da medida ao caso concreto, a fim de se obter provas que tragam um resultado mais útil e proveitoso para toda a sociedade. Não se está falando de uma inércia ou passividade do Ministério Público, ou ainda de uma arbitrariedade deste, mas sim de meios mais inteligentes e eficazes para o dismantelamento de organizações criminosas complexas com a identificação dos demais integrantes e a revelação de seu quadro hierárquico e da divisão de tarefas, a recuperação do produto e proveito dos delitos, a prevenção de mais práticas delituosas, a localização de eventual vítima que esteja com sua liberdade privada com a sua integridade física preservada e outros, a fim de formar a justa causa necessária à propositura da ação penal cabível, com a descrição pormenorizada da atuação de cada agente inserido nesse contexto e a medida de sua culpabilidade. Daí se conclui que, não se está diante de uma disponibilidade da ação penal pública, mas sim de uma iniciativa postergada para o futuro com fundamento no interesse público e que trará maiores respostas com reflexos positivos na vida em sociedade e na tutela de bens jurídicos essenciais.

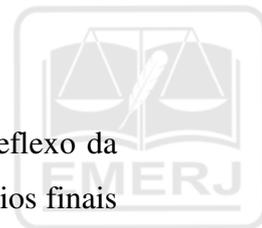
Importante salientar ainda que, tendo em vista o disposto no artigo 5º, LIX da CRFB/88²³ c/c artigo 100, parágrafo 3º do Código Penal²⁴, nos casos de inércia do Ministério Público, seja pelo não oferecimento de denúncia, pela não determinação de diligências necessárias ou pela ausência de requerimento de arquivamento do inquérito policial no prazo legal e de forma injustificada, o ofendido ou o seu representante legal poderá promover a ação penal privada subsidiária da pública, passando o Ministério Público a atuar como fiscal da ordem jurídica aditando a queixa, repudiando-a ou oferecendo denúncia substitutiva, intervindo em todos os termos do processo, fornecendo elementos de prova, interpondo recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal, consoante artigo 29 do Código de Processo Penal²⁵.

Assim, não há qualquer incongruência entre as previsões legais que dão uma margem de discricionariedade ao Ministério Público nas ações penais públicas e o princípio da obrigatoriedade da ação penal haja vista que, em uma interpretação sistemática e teleológica dos institutos, é possível se observar que o ordenamento jurídico, além de prever uma série de condições, requisitos e procedimentos que devem ser observados na colaboração premiada,

²³BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁴BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 6.



normatiza mecanismos de controle social sobre essa atuação do MP, que são um reflexo da democracia brasileira, e proporciona maior ingerência daqueles que são os destinatários finais da norma penal, a fim de resguardar, principalmente, a legalidade dos atos investigatórios e processuais.

CONCLUSÃO

A Carta Magna concebe como direito fundamental do indivíduo a liberdade, em todos os seus aspectos, atribuindo à prisão o caráter de exceção e como tal, assim como em todas as regras excepcionais, deve ser interpretada restritivamente, somente sendo cabível nas hipóteses expressamente previstas na lei. Por essa razão, esta pesquisa constatou como problemática social essencial, dentre outras, a discussão acerca da adequação do instituto da colaboração premiada aos ditames constitucionais.

De um lado, é inegável o fato de que os direitos fundamentais são indisponíveis e por isso não seria permitido ao Estado ou ao indivíduo a sua livre disposição, de sorte a evitar uma chancela de mecanismos de verdadeira aniquilação desses direitos. De outro, entretanto, cada um desses direitos deve ser interpretado em conjunto, em uma ótima sistêmica, de modo que a liberdade deve ser analisada sob todos os seus aspectos, o que lhe retira o caráter absoluto já que, em nome da tutela de outros direitos fundamentais, tal direito poderia ser parcialmente suprimido.

A autodeterminação, um dos aspectos da liberdade, pode criar mecanismo de restrição a outro aspecto da liberdade, qual seja, a liberdade ambulatorial, desde que a manifestação de vontade seja livre, consciente, esclarecida e tenha como fim um bem maior em prol do manifestante. Essa tese é aplicada e amplamente acolhida em diversos âmbitos do Direito. Entretanto, quando esta se transfere para o instituto da colaboração premiada, muitos estudiosos questionam sua validade sob o argumento da já refutada indisponibilidade da liberdade. Apesar de justificável tal argumentação, esta não se sustenta quando um acordo de colaboração é celebrado amplamente amparado de formalidades legais e traz benefícios aos quais o indivíduo não teria acesso se não firmasse o acordo. Retirar do indivíduo tal possibilidade em nome da tutela de sua liberdade é um paradoxo, já que também caracterizaria uma ofensa à sua liberdade uma vez que lhe restringe o direito a autodeterminação e lhe retira a livre manifestação de vontade. É um excesso de proteção que desampara o protegido.



Outro ponto relevante do debate acerca do instituto colaboração premiada que foi esmiuçado neste artigo está na suposta ausência de voluntariedade exigida para a homologação do acordo no caso de prisão do colaborador. De forma alguma se pretende legalizar a prisão de alguém para forçá-lo a firmar um acordo, mesmo porque sua manifestação de vontade já estaria viciada e tal prática configuraria uma legitimação de uma ilegalidade, haja vista que criaria uma hipótese de incidência da prisão fora das previsões legais, o que, por óbvio, é vedado desde a base principiológica de reserva legal do direito penal. Contudo, é importante evidenciar que a exigência de voluntariedade não equivale ao conceito de espontaneidade, de sorte que a escolha de palavras do legislador não foi a toa. Não há qualquer dúvida de que o colaborador não pode sofrer qualquer tipo coação, seja ela moral ou física, que o obriga a firmar o acordo. Mas se a prisão preenche todos os requisitos legais de validade, e o colaborador, imbuído da vontade de ver sua situação atual melhorar com eventual aplicação de diminuição de pena, progressão de regime, perdão ou até mesmo de não ser denunciado, o fato de estar preso, por si só, não é motivo justo o suficiente de impedi-lo de celebrar o acordo quando este é feito consciente, livre, com todos os esclarecimentos acerca de sua finalidade e suas conseqüências.

Esperar que alguém que cometeu um crime procure as autoridades para delatar a si e seus companheiros, entregar os produtos dos crimes, fornecer meios de produção de provas contra si ou participar com qualquer outro meio de colaboração, sem qualquer interferência externa que o motive, que se enquadra no conceito de espontaneidade, mais do que ingênuo, é utópico e não encontra respaldo nas sociedades atuais. É preciso tratar a instrução criminal com mais realidade e com maiores suportes empíricos para só então conseguir atender aos reclames sociais atuais de maneira mais efetiva e eficaz.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do terceiro capítulo, que tratou da indisponibilidade da ação penal e os limites da atuação do Ministério Público na colaboração premiada, o principal argumento utilizado por esta pesquisa, mais uma vez, foi a supremacia do interesse público na investigação e na instrução criminal. Se a indisponibilidade se dá exatamente para atender ao interesse da sociedade de ver coibida uma prática criminal, não há razão para impedir que o MP, autor da ação penal, na tentativa de evitar novas práticas criminosas e de punir práticas já consumadas, possa se valer de mecanismos que o levem ao encontro da justa causa para oferecer novas denúncias ou de incluir novos culpados no banco dos réus a fim de oferecer uma resposta estatal contrária ao sentimento de impunidade que paira na comunidade.

REFERÊNCIAS

ANDREATO, Danilo. *Colaboração premiada: Ato “espontâneo” ou “voluntário” do colaborador*. Disponível em: <https://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4620>. Acesso em: 08 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº. 127483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28VOLUNTARIEDADE+NA+COLABORA%C7%C3O+PREMIADA%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/y9mqgwu4>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. *Lei nº 9099*, de 26 de Setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. *Lei nº 12850*, de 02 de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. *Resolução nº 181*, de 07 de Agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.

Figueiredo, Raphaela. *A (in)constitucionalidade da delação premiada*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/65666/1>>. Acesso em: 24 set. 2018.

GORGA, Maria Luiza. MARCHIONI, Guilherme Lobo. *Sanção para quem mente em delação premiada precisa ser revista*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-04/sancao-quem-mente-delacao-premiada-revista#author>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

JESUS, Damásio de. *O estágio atual da delação premiada no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/7551/1>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

MENDONÇA, Ana Paula Gadelha. *A Aplicabilidade da delação premiada na nova lei de crime organizado (lei 12.850/13)*. 2014. 21f. Trabalho de conclusão de curso (Pós-graduação lato sensu) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.



ZIESEMER, Henrique da Rosa; JÚNIOR, Jadel da Silva. *As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/64178/1>>. Acesso em 24 set. 2018.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS EM CASO DE INEFETIVIDADE E OMISSÕES NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Thiago Campos Borburema

Graduado em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Servidor Público. Pós graduando em direito público e privado na EMERJ

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil completa trinta anos em 2018. Os avanços do texto constitucional são inegáveis, não se podendo imputar qualquer retrocesso do ponto de vista material ao texto fundante do ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, é possível apontar trechos, nos quais o texto constitucional pode ser melhorado, mormente diante da interação com a realidade fática. Sem sombra de dúvidas o sistema federativo pátrio ainda é marcado pela centralização e pela imposição de políticas públicas de cima para baixo. Nesse cenário, debate-se o papel do federalismo experimentalista para concretizar o que se chama de federalismo cooperativo, destacando-se nessa discussão o instituto do consórcio público.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito das cidades. Consórcios públicos. Estatuto da Metrópole. Lei nº 13.089/2015. Estrutura federativa do estado brasileiro. Efetivação de políticas públicas. Responsabilidade civil do consórcio em caso de omissão

Sumário: Introdução. 1 Histórico dos consórcios públicos no Brasil. 2. Consórcios Intermunicipais na Jurisprudência. 3. Responsabilidade Civil do Consórcio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o papel dos municípios brasileiros na prestação de serviços públicos, no momento em que a Constituição da República completa os seus trinta anos. Na ordem constitucional atual, apostou-se em um modelo de federalismo cooperativo, contudo do ponto de vista dos resultados ainda não se percebeu a generalidade e universalização com qualidade e eficiência dos serviços públicos, sendo destacado muitos daqueles que são prestados pelas municipalidades. Procura-se demonstrar que a diversidade dos mais de cinco mil municípios brasileiros, somadas a complexidade dos serviços que têm que prestar, mais a ausência de recursos demandam um experimentalismo federativo de associação, o qual deve contar com instrumentos de combate a omissão.

Para tanto, confrontam-se teses, números, posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a analisar como os municípios tem prestado os serviços públicos



por meio de consórcios públicos, destacando o papel fomentador de previsões normativas recentes.

A Constituição da República promulgada em 1988 trouxe inúmeras normas programáticas, além de um forte compromisso com o estado social. Nessa acepção, o estado caracteriza-se por intervir na economia seja com políticas públicas concretizando direitos de terceira geração, além de ser fomentador, regulador e em alguns casos mais específicos exercer diretamente a atividade econômica por meio de pessoas jurídicas de direito privado.

O cenário otimista apresentado com o texto constitucional, infelizmente encontrou obstáculos na sua concretização.

As pessoas diante da ausência dos serviços de que necessitam e sabendo do direito previsto abstratamente, cada vez mais buscam o poder judiciário para acessar suas pretensões. A demanda é crescente e expõe dois grandes pontos: os limites da separação dos poderes e do ativismo judicial.. Os magistrados imbuídos do espírito constitucional de maximização de direitos e concretização do programa do constituinte cada vez mais desempenham um papel importante para a sociedade, contudo fortemente criticado pelos governantes.

Diante desse quadro, nos deparamos com leis fomentadoras do uso de consórcios públicos como ferramentas interfederativas , como preconizado na Estatuto da Metrópole.

Para melhor compreensão do tema, busca-se perquirir o aumento do número de brasileiros que tem serviços públicos prestados por consórcios. Pretende-se, ainda ver como as causas ligadas aos consórcios tem encontrado espaço no Poder Judiciário e as decisões que têm sido proferidas nesses casos.

Inicia-se o primeiro capítulo buscando comprovar o impacto da alteração legislativa, a qual tem sido interpretada como reação legislativa ao ativismo judicial, sendo uma forma de dar resposta aos anseios sociais e ao mesmo tempo criar espaços de implementação de políticas públicas.

No segundo capítulo, passa-se a análise de como o judiciário vem lidando com demandas envolvendo os consórcios públicos, devendo-se perquirir se houve alguma alteração jurisprudencial com o advento da nova lei.

No terceiro capítulo passa-se a uma defesa da necessidade de um padrão de orientação judicial na resolução de demandas que discutam a responsabilidade civil por omissões e inefetividades de consórcios públicos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, além de usar uma bibliografia consolidada sobre o tema a qual busca analisar os fundamentos teóricos e



epistêmicos da federação brasileira, sem descurar do texto legal e conformação dada pelos Tribunais pátrios, valendo, desse modo de uma pesquisa qualitativa.

1. HISTÓRICO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS NO BRASIL

As regiões metropolitanas surgiram no ordenamento jurídico brasileiro no contexto da Constituição Federal de 1967. Aquela Carta da República¹ facultava à união, mediante lei complementar, estabelecê-las, as definindo como comunidade sócio-econômica de municípios para concretização de serviços de interesse comum.

A concretização da previsão constitucional ocorreu em 1973², a qual regulamentou o tema e criou as primeiras regiões metropolitanas, sendo elas as RM de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza³. Da década de 70 até o fim do regime militar foram criadas nove RM, sendo a última a RM do Rio de Janeiro, criada em 1974⁴. Depreende-se essas RMs incluíam notadamente as principais capitais brasileiras, em um contexto fortemente federal e centralizador.

Com o advento da nova Carta Magna de 1988, importantes alterações ocorreram. Inicialmente a competência para criação foi deslocada para os Estados Membros, constando hoje previsão⁵, tendo sido estabelecida a autonomia ao município, algo até então desconhecido na experiência constitucional. Ainda nesse contexto houve o aumento do número de municipalidades. Em que pese também ter ocorrido crescimento quantitativo dessas regiões nas primeiras décadas da nova ordem constituicional, o seu campo de atuação foi esvaziado.

O espaço regional de resolução de problemas comuns aos entes que a compõem cedeu para o âmbito municipal dada a concepção de que os problemas poderiam ser resolvidos na localidade. Entendia-se que com a autonomia, todas as políticas públicas seriam formuladas nas câmaras municipais resolvendo em boa medida as demandas sociais, mormente por serviços públicos.

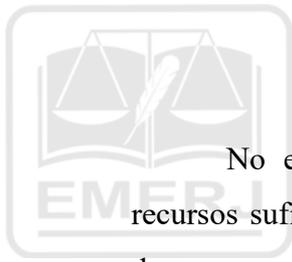
¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

² BRASIL. *Lei Complementar n° 14*, de 08 de junho de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp14.htm> Acesso em: 10 set. 2018

³ CAU/BR “*Conheça em detalhes o Estatuto da Metrópole, aprovado pelo Senado*”. Disponível em: <<http://www.caubr.gov.br/congresso-nacional-aprova-estatuto-da-metropole/>>. Acesso dia 23/05/2018, às 14:00

⁴ BRASIL. *Lei Complementar n° 20*, de 01° de julho de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp20.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 01.



No entanto, com competências ampliadas nem todos os municípios encontraram recursos suficientes dentro de sua previsão de competência orçamentária para concretização do programa constitucional. As áreas mais sensíveis eram as relacionadas a direitos sociais, dos quais se extrai as obrigações positivas do estado. Diante da ausência de concretização de serviços públicos básicos, a população passou a recorrer ao Poder Judiciário a fim de efetivar seus direitos.

O entusiasmo normativo contrastava com municípios totalmente desprovidos de instrumentos para tentar solucionar todos os anseios populares diante das competências que tinha, não se restringindo os problemas aos direitos de segunda geração. Os núcleos urbanos brasileiros tinham crescido rápido demais e apresentavam grande problema de adensamento habitacional. As municipalidades tinham muito a fazer, mas estavam falhando na maioria de suas missões constitucionais.

Assim, em 2001 foi promulgado novo diploma⁶, que ficou conhecido como estatuto das cidades, a qual tinha sua preocupação voltada principalmente para políticas de regularização e assentamento das populações no solo urbano. Destacava-se também por indicar instrumento de planejamento e organização do espaço, enumerando meios, apostando ainda que timidamente no planejamento das regiões metropolitanas⁷

Essa lei ainda menciona⁸ a possibilidade de realização de operações urbanas consorciadas interfederativas no âmbito das RMs. Impôs a obrigatoriedade de ser feito plano diretor às cidades integrantes de regiões metropolitanas⁹. Implementando medidas de participação popular e legitimação democrática na gestão das regiões metropolitanas¹⁰.

Na sequência foi editada nova lei¹¹, relacionada ao saneamento básico, a qual aposta na gestão de cooperação voluntária entre entes federados para implementar tal serviço público¹². Associada a forma cooperativa foi eleita a possibilidade de consórcios públicos de direito público integrados pelos entes titulares do serviço como um dos meios para proporcionar a necessária integração, assim a previsão dos consórcios veio prevista no inciso II do art. 15.

⁶ BRASIL. *Lei n° 10257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 10 set. 2018

⁷ Ibid

⁸ Ibid

⁹ Ibid

¹⁰ Ibid

¹¹ BRASIL. *Lei n° 11445* de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2007-2010/2007/Lei/L11445.htm> Acesso em: 10 set. 2018.

¹² Ibid



Na continuidade, outra importante norma foi publicada¹³, a chamada lei da mobilidade urbana. Nesta norma, há tanto o incentivo para que a união estimule ações coordenadas e integradas entre municípios e estados, além das ocorrida em regiões metropolitanas¹⁴. Há também a indicação como diretriz de que haja articulação interinstitucional dos órgãos gestores dos entes federativos por meio de consórcios públicos¹⁵

Extraí-se dessas duas últimas normas a aposta do legislador tanto nas regiões metropolitanas, quanto nos consórcios públicos como instrumentos para auxiliar os municípios no alcance de seus fins, sem desdourar de sua autonomia. No decorrer dos anos surgiu novo diploma normativo, o estatuto da metrópole, o qual parecia que viria coroar a sequência de leis que dispunham de serviços públicos, incentivando fortemente sua execução no âmbito das regiões metropolitanas por meio de consórcios públicos, trouxe um elemento a ser debatido.

Nova norma¹⁶ trouxe o compartilhamento de responsabilidades para a promoção do desenvolvimento urbano integrado¹⁷, voltando a fazer forte aposta nos consórcios públicos, o que vem expresso no preceptivo legal¹⁸. A despeito desta lei prever outros instrumentos, pela interpretação sistemática, é possível perceber forte aposta nessa combinação. O que se torna preocupante é na medida em que a lei da metrópole fala em compartilhamento de responsabilidades, há no Senado Federal projeto de lei¹⁹ que busca limitar as obrigações dos consorciados²⁰.

O objetivo do projeto é tornar os consórcios os únicos responsáveis por seus deveres e encargos, retirando qualquer responsabilidade a ser imputada aos entes federados. Atualmente a lei dos consórcios públicos²¹ não determina o limite de responsabilidade dos consorciados, tendo entendimento jurisprudencial de que os entes responderiam subsidiariamente.

Cabe destacar que nessa lei havia previsão inicial de responsabilidade solidária dos entes públicos com o consórcio, contudo o texto foi objeto de veto à época da promulgação.

¹³ BRASIL. *Lei nº 12.587* de 03 de janeiro de 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm > Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.089* de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm > Acesso em: 10 set. 2018.

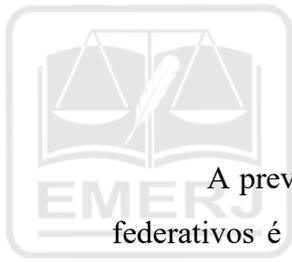
¹⁷ Ibid

¹⁸ Ibid

¹⁹ BRASIL. *PLS 196 de 2017*. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129723> > Acesso em: 10 set. 2018.

²⁰ AGÊNCIA DO SENADO. “Projeto modifica regras de responsabilidade de consórcios públicos” Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/07/26/projeto-modifica-regras-de-responsabilidade-de-consorcios-publicos> > Acesso em: 23 mai. 2018.

²¹ BRASIL. *Lei nº 11.107* de 06 de abril de 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm > Acesso em: 23 mai. 2018.



A previsão de os serviços públicos possam ser executados por meio de novos arranjos federativos é uma aposta que busca dar uma resposta a problemas de efetividade. Contudo esse experimentalismo precisa vir dotado de medidas de controle adequadas, sob pena de não concretização de direitos sociais.

Em relação aos direitos fundamentais as medidas de garantias devem sempre ser ampliadas a fim de dar a máxima efetividade. Restringir a responsabilidade ao âmbito do consórcio é abrir a possibilidade para que ocorram novos desrespeitos aos direitos mais básicos da população, sem que possam ser defendidos.

Todo esse movimento vem sendo motivado por se entender que a forma que a jurisprudência vem tratando o tema é inadequada, apontando-se para possível ativismo. Afirma-se que o judiciário vem atuando na lacuna da lei, atribuindo responsabilidade indevida aos entes públicos o que tem ocasionado desequilíbrio orçamentário. Assim, apesar das legislações iniciais, as quais previam novas formas de incentivar a concretização de políticas públicas, tem-se feito alterações que tem colocado em risco o modelo de federalismo experimentalista criado.

2. CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS NA JURISPRUDÊNCIA

As primeiras tensões judicializadas acerca do tema regiões metropolitanas foram veiculadas em duas Ações diretas de inconstitucionalidade. A primeira ADI²² que aqui se cita julgou procedente o pedido declarando a inconstitucionalidade de lei estadual a qual previa como requisito para criação de regiões metropolitanas a realização de plebiscito. Nesse sentido a ementa:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Constituição do Estado do Espírito Santo, art. 216, § 1º. Consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas, para criação de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas. 3. Impugnação em face do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Previsão de plebiscito, para inteirarse o processo legislativo estadual, em se tratando de criação ou fusão de municípios, “ut” art. 18, § 4º, da Lei Magna federal, não, porém, quando se cuida da criação de regiões metropolitanas. 4. Relevância dos fundamentos da inicial e “periculum in mora” caracterizados. Cautelar deferida, para suspender, “ex nunc”, a vigência do parágrafo § 1º do art. 216, da Constituição do Estado do Espírito Santo

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI796-ES*, Relator: Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgada em 02/02/1998, Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346612> >. Acesso em: 17 out. 2018.



O STF reafirmou a norma constitucional federal refutando a necessidade de consulta a população diretamente interessada no âmbito dos municípios. Essa posição foi reafirmada pelo Tribunal²³ em outra ADI de relatoria do Min. Carlos Velloso, oportunidade em que os ministros ratificaram que o único instrumento jurídico que cria as regiões metropolitanas seria A lei Complementar estadual. Nesse sentido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS, MICROREGIÃO. C.F., art. 25, § 3º. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 357, parágrafo único. I. - A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, depende, apenas, de lei complementar estadual. II. - Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 357 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. III. - ADIn julgada procedente.

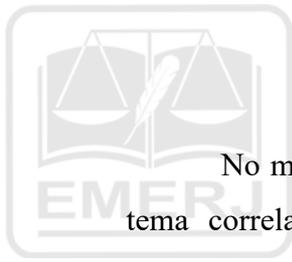
O STF ao deslocar para o âmbito exclusivamente estadual a autoridade para criação das RM, gerou inconformismo nos entes municipais. As municipalidades viram ameaçada a autonomia recém conquistada com a Constituição da República de 1988. O incômodo com as decisões era resultado de uma aparente compulsoriedade, a qual estariam vinculados os municípios, quando o assunto dissesse respeito as regiões metropolitanas ou microrregiões.

O que era aparente tornou-se claro quando o STF²⁴ assentou em trecho expresso da fundamentação, no qual cita que a compulsoriedade da integração metropolitana e o que denominou de “interesse comum”, não seriam incompatíveis com a autonomia municipal. Nesse sentido, destacamos o trecho:

O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (...). O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais. (...)

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 1841*, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2002. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1714536> > Acesso em: 17 out 2018.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 1842 RJ*, Relator: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgada em 06/03/2013. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19140545/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1842-rj-stf> > Acesso em: 17 out 2018.



No mesmo dia em que foi julgada esta ADI, o Supremo também julgou outra sobre o tema correlato²⁵. A primeira ação de controle concentrado tinha por objeto diplomas legislativos do estado do Rio de Janeiro que instituíram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferiram a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. A segunda ação foi proposta pelo então governador do estado de Santa Catarina em face de lei estadual, a qual apontava como obrigatório o fornecimento de água potável, por meio de caminhões pipas, sempre que houvesse interrupção no fornecimento. O governador catarinense argumentava que saneamento seria de interesse local, portanto de competência municipal, não podendo o estado legislar sobre fornecimento de água potável.

A ADI originária do Rio de Janeiro, o STF definiu o serviço de saneamento básico como de interesse comum, afirmando que “o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município”. Assim, definiram a inconstitucionalidade de transferir ao estado membro o poder concedente e apontaram que o serviço pode ser prestado tanto voluntariamente, o que ocorreria por convênios, consórcios públicos intermunicipais ou compulsoriamente, por meio de regiões metropolitanas, instituídas por lei complementar estadual.

A Corte, nesse momento, colocou o consórcio público em lado oposto às regiões metropolitanas e não aquele como um meio de concretização desta.

Acerca do tema travou-se debate acerca de qual ente estatal seria o competente para legislar e executar serviços conceituados como de interesse comum ou, simplesmente, serviços comuns. No julgamento da ADI originária de Santa Catarina, a despeito dos votos divergentes apresentados, prevaleceu a posição do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski. Durante o julgamento tendo sido citada a ADI advinda do Rio de Janeiro, o relator reafirmou que a titularidade quanto ao saneamento básico seria do município citando ainda outro julgado.

Durante o julgamento o Ministro Eros Grau, que acompanhou o relator apresentou voto profundamente esclarecedor, notadamente no que diz respeito a ausência de compulsoriedade, ou arbitrariedade na definição das regiões metropolitanas, bem como

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 2.340 SC*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgada em 06/03/2013. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1871562> > Acesso em: 17 out 2018.

aclarando a figura do consórcio como instrumento. Nesse sentido o Ministro pronunciou-se conceituando serviço comum como o de “caráter interlocal, reclama administração intermunicipal. Tratando-se de serviço de interesse interlocal, aos Municípios por ele afetados incumbiria a sua administração⁵.

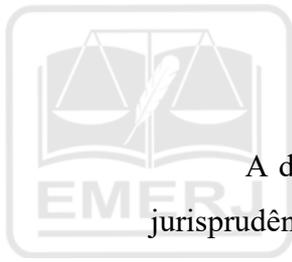
No tocante ao estado, apontou que “o Estado-membro poderá [deverá, mesmo] --- desde que, no caso, institua, mediante lei complementar, região metropolitana --- prover no sentido da integração da organização (inclusive planejamento) e execução deles; mas poderá [deverá] apenas isso”. O Ministro destacou que “Esse ato, de qualificação [conceituação] jurídica de determinado agrupamento de Municípios como região metropolitana, não é, no entanto, arbitrário --- nem mesmo discricionário. Vale dizer: não é qualquer agrupamento de Municípios que pode ser juridicamente qualificado como região metropolitana”.

Na sequência, ratificou que “Ao Estado-membro nada incumbe além de mediante lei complementar instituir a região metropolitana, a aglomeração urbana ou a microrregião, dispondo a respeito daquela integração, naturalmente sem qualquer comprometimento das autonomias municipais”. Em relação aos municípios, destaca que a integração para a prestação do serviço pode ser consensualmente buscada pelos municípios, por meio da “...celebração de consórcio intermunicipal, modalidade de associação...” ou ainda a prestação ocorrer pela “prestação dos chamados serviços comuns permanece sob a titularidade dos Municípios; a eles incumbe a delegação a entidade da Administração Indireta ou a outorga de concessão a empresa privada, quando a sua prestação for empreendida não diretamente por eles”.

Os reflexos mais acentuados acerca da criação e efetivação de instrumentos interfederativos surgiram no Poder Judiciário, alcançando rapidamente análise pela Suprema Corte, após o advento de norma legal²⁶. Esta, como apontada no capítulo anterior trata do tema saneamento básico, contudo o debate rapidamente migrou para todos os serviços ou interesses que eram considerados comuns.

Instalou-se profundo debate acerca dos temas como presença de compulsoriedade para que municípios integram regiões metropolitanas instaladas pelos estados, bem como distribuição de competência legislativa e poder de concessão, entre as municipalidades e os entes estatais, além da alocação dos consórcios como instrumento ou meio autônomo de associação e prestação de políticas públicas.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 11.



A despeito do debate acerca titularidade e poder de concessão perder força, diante da jurisprudência do STF pacificar que deveriam ficar a cargo do município, a discussão sobre a compulsoriedade permaneceu aberta, sendo ampliado o debate recentemente. O estatuto da metrópole foi impugnado²⁷, ao argumento de que o art. 10 que prevê que estados e municípios devem aprovar plano de desenvolvimento urbano integrado, seguindo a regulação prevista na própria norma, viola o texto constitucional. A ação foi proposta pelo governador do Pará, o qual aduz que a instalação de regiões metropolitanas são uma faculdade e não uma obrigação.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSÓRCIO

A Constituição Federal apostou no modelo federativo para organizar o estado brasileiro. A opção não foi de um modelo estanque, no qual as unidades federadas exercessem suas atribuições/competências de modo dissociado. Há no texto constitucional as competências ditas comuns ou concorrentes, tendo a experiência jurisprudencial identificado o que no capítulo anterior mencionamos como interesse comum.

O consórcio público apresenta-se como uma das formas de dar resposta a esse interesse comum, sendo o objetivo principal o exercício dessas atividades por uma entidade que congregue a união de esforços de todos os entes. Dessa forma, entende-se que há fundamental importância em perquirir acerca do sucesso dessa associação, mas também examinar situações de eventual desacerto que culmine na extinção do vínculo integracional e frustração do desiderato pretendido. Nesse caso, a população não pode ficar desamparada, bem como quem contratou com o consórcio, fazendo-se necessário esclarecer a responsabilidade dele.

O primeiro passo na busca dessa resposta deve ser identificar a natureza jurídica do consórcio, no tocante a sua personalidade. Segundo extrai-se da norma²⁸ o consórcio público pode constituir-se em associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. A duplicidade de formas que podem ser assumidas pelo consórcio também é mencionada no texto legal²⁹ do qual se observa a menção a personalidade de direito público no inciso I e de direito privado no inciso II. A dupla possibilidade é ressaltada na lei³⁰.

Assim, entendemos que a lei estabeleceu diferenças entre as duas modalidades de consórcios. Destacamos, contudo, que permitiu a ambas perseguirem o mesmo objetivo, não

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 5857*, Min. Carmen Lúcia, Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5330951> > Acesso em: 17 out 2018.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 21

²⁹ Ibid

³⁰ Ibid



limitando, desse modo, que o alcance do interesse comum, por meio da execução de serviços públicos comuns, fosse feito seja por consórcios públicos de direito público ou consórcios públicos de direito privado.

Independente de ser a forma pública ou privada, os consórcios podem ser considerados contratos, com uma característica peculiar, representar uma união de esforços. Difere-se, portanto, dos contratos bilaterais ou dos contratos administrativos quando se compõem vontades opostas.

Os consórcios públicos de direito público instituem pessoa jurídica de direito público, a respeito da qual se trava discussão na doutrina nacional. Como menciona Rafael Oliveira³¹, há uma corrente que advoga a possibilidade de que dessa associação crie-se entidades interfederativas, sendo seus defensores Floriano de Azevedo Marques Neto, Alice Gonzalez Borges, Alexandre Santos de Aragão. Em lado opostos encontram-se Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira. Esses argumentam que a federação brasileira consagra a autonomia dos entes federados.

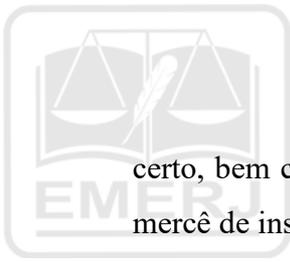
A respeito do tema, adota-se a mesma posição de Rafael Oliveira³², qual seja, de que há pertinência em se estabelecer entes interfederativos. Importante destacar que durante o capítulo dois desse trabalho, defendeu-se a tese de que sempre que houvesse consórcio público a autonomia das autarquias estaria preservada, relegando-se mitigações a essa autonomia a situações em que se configura-se regiões metropolitanas.

A respeito do tema ente interfederativo, trazemos mais uma abordagem destacada por Rafael Oliveira em sua obra. A discussão se o ente seria uma associação ou uma autarquia. Defende-se aqui a posição de que seria possível criar autarquia interfederativa, sob o argumento de que essa modalidade consegue reunir características essenciais para a organização do interesse comum, bem com a adequada prestação, sendo realizada de modo seguro, notadamente, para seus usuários, sob o enfoque da continuidade do serviço, como dos fornecedores.

Ressalta-se aqui que se considera importante tanto a manutenção da prestação serviço comum, como a confiança a ser construída entre os entes integrantes do consórcio como também em relação aos seus fornecedores. A experiência do federalismo de cooperação, por ser inovadora, experimentalista deve buscar espantar os ressentimentos de que não daria

³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 203.

³² *Ibid*



certo, bem como criar mecanismos seguros para que os usuários e contratantes não fiquem a mercê de inseguranças jurídicas.

A justificativa para essa preocupação divide-se em duas frentes. A primeira diz respeito a essencialidade dos serviços ou interesses comuns tratados. Ao se buscar práticas interfederativas reconhece-se a dificuldade ou mesmo impossibilidade de uma municipalidade apenas resolver aquele problema básico daquela localidade. Pela importância que tem, não pode ser precário o ente criado, ficando exposto ao sabor de vontades políticas momentâneas, sem contudo ferir a autonomia municipal.

A segunda preocupação é em relação a possíveis fornecedores ou contratantes. Para que o consórcio possa atrair bons preços seja no segmento que for, cita-se como exemplo saúde, saneamento, educação, que representam talvez aos maiores demandas sociais a serem atendidas pelos municípios é preciso que haja segurança.

A construção desse vínculo seguro passa pela previsão de diversas cláusulas, no entanto, uma chama atenção. O dispositivo³³ prevê que no caso de transferência de encargos, haverá, a princípio, responsabilidade solidária dos entes que os transferiram. Aponta-se que tal responsabilidade solidária afigura-se como presente tanto para os consórcios públicos de direito público, quanto para os consórcios públicos de direito privado, sendo ressalvado o direito de regresso.

O tema tem sido incômodo para os municípios, o que tem motivado projetos de lei que buscam atribuir responsabilidade subsidiária às municipalidades.

Chama-se atenção para a necessidade de sob esse aspecto tanto os consórcios privados, quanto os públicos adotarem a mesma sistemática em caso de extinção. Entende-se que a unificação das obrigações contribuirá para uma solução mais equânime e equilibrada, evitando-se inseguranças proporcionadas por dificuldades em se saber, ao certo, por que ente será quitado os encargos.

Critica-se aqui a possibilidade de um consórcio de direito privado extinguir-se e os usuários ficarem sem ter a prestação do serviço, bem como os fornecedores, que a princípio estavam submetidos a regime de direito privado, passarem a ter obrigações solidárias com entes públicos recebendo por elas sob a sistemática de direito público, notadamente pelo sistema dos precatórios³⁴.

Tal possibilidade geraria extrema insegurança e desconforto para aqueles que acreditavam manter-se no regime privado. No tocante ao consórcio de direito público também

³³ BRASIL, op. cit., nota 21

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 01



haveria prejuízo, pois poderia haver o que se chama de “jogo de empurra”, tendo entes se furtando ao pagamento, mesmo com a possibilidade de regresso.

Entende-se que deve-se cercar de incentivos as associações privadas ou as autarquias interfederativas que concretizem o federalismo cooperativo. Desse modo, acredita-se que providências devem ser tomadas de modo diferentes nessas duas vertentes.

No que concerne ao usuário, advoga-se a tese de que os bens devem adotar um instituto semelhante ao da reversibilidade presente na lei de concessões. Ora, visualiza-se a mesma situação fática, qual seja, o encerramento de um vínculo contratual, fazendo com que o ente público ou privado que exercesse aquela atividade parasse com as atividades, a despeito da essencialidade do serviço prestado.

A população não pode correr o risco de uma hora para outra ficar sem acesso à saúde, saneamento ou educação, áreas citadas como exemplo desde o início dessa argumentação. Dessa forma, acredita-se que a manutenção dos bens afetos a atividade sejam eles públicos ou privados é essencial para a observância do princípio da continuidade do serviço público, evitando desse modo omissões por parte do estado.

Nesse ponto, seja por consórcio público ou privado a responsabilidade a ser adotada seria a objetiva por força de perceptivo constitucional³⁵, contudo a ausência do serviço pode levar a omissão. Não se desconhece que o tratamento dado nos casos de omissão é o da responsabilidade subjetiva, devendo-se comprovar omissão específica e portanto os elementos subjetivos pertinentes.

Entende-se que no caso de encerramento do consórcio a hipótese não é de responsabilidade subjetiva, mas objetiva pois a omissão deriva de um ato concreto de interrupção ou encerramento das atividades.

É certo que da atividade paralisada não se admite a priori ações que busquem indenizações individuais do estado. Mas compreende-se que se pode buscar a responsabilização caso o serviço seja simplesmente interrompido ou não prestado a contento.

Quanto aos fornecedores, propõe-se a salvaguarda de verbas em um fundo, o qual teria a função garantidora. Enquanto permanecesse indefinida a situação do consórcio as despesas seriam pagas pelas verbas constantes do fundo, após seriam delimitadas as responsabilidades dos entes para enfim encerrar o consórcio.

Acredita-se desse modo que a extinção do consórcio com a respectiva finalização das atividades seria feita de modo seguro. Tanto os usuários, quanto os fornecedores estariam

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 01



garantidos de que enquanto as discussões acerca do rompimento do vínculo ocorreriam, as atividades seriam mantidas para concretizar os interesses comuns, Entende-se que essa seria a forma de construir políticas públicas de um modo sério e comprometido com a população, respeitando a autonomia municipal, mas impedindo que eventuais mudanças de orientação política comprometam o trabalho realizado.

CONCLUSÃO

A pesquisa buscou atribuir respostas acerca de indagação sobre o papel que os municípios podem assumir para a concretização de um federalismo cooperativo, mormente no combate a crise de generalização, universalização e eficiência pela qual passa a prestação de serviços públicos no Brasil. Na aposta do experimentalismo, investigou-se que papel pode ser assumido pelas municipalidades nessa luta de efetividade da Constituição Republicana, que completa 30 anos em 2018.

Identificou-se formas novas de arranjos federativos, algumas previstas já no texto constitucional, contudo estabeleceu-se distinção entre as chamadas microrregiões ou regiões metropolitanas e aqueles modelos que ganham destaque em lei ordinárias mais recentes.

As normas processuais mais novas indicam que a grande aposta ocorre em relação aos consórcios públicos, os quais se caracterizam por uma maior voluntariedade na sua composição. Identificou-se tensões reiteradas na criação de regiões metropolitanas, motivadas pela contrariedade dos municípios, os quais ficam receosos em perder parcelas de sua autonomia recém adquirida.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca do tema, pontuando que não se deve passar a titularidade de serviços públicos para a competência estadual. Os chamados serviços comuns permaneceriam na esfera dos municípios, podendo-se se delegar para ente comum.

Desse modo, os consórcios evitariam as resistências municipais e o agigantamento dos estados membros, contribuindo com soluções negociadas e criadas pelas municipalidades. Contudo, há de ser ter segurança jurídica, motivo pelo qual, foram propostas diversas medidas a fim de garantir que nem os fornecedores, nem o usuários serão prejudicados por eventual rompimento do vínculo que une os municípios.

Importante, ainda, ressaltar que de fato as inovações legislativas parecem uma reação ao papel cada vez mais atuante do judiciário na promoção de políticas públicas, tema que ficou conhecido como juridicização das políticas públicas. O mesmo termo pode ser compreendido como ativismo judicial e é criticado por muitos. Contudo deixa-se ressalvado

que enquanto não se demonstrar que as políticas públicas programadas e os arranjos criados não se demonstrarem na prática, o judiciário ainda terá um papel a ser exercido, dentro dos limites constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 03 ago. de 2018.

_____. *Lei nº 11795* de 8 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111795.htm> Acesso em: 03 ago. de 2018..

_____. *Lei nº 13.089* de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-8/2015/Lei/L13089.htm> Acesso em: 03 ago. de 2018.

FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *Federalismo constitucional e reforma federativa: poder local e cidade-Estado*. Rio de Janeiro: Gen. 2012.

HENRICHES, Joanni Aparecida e MOYANO, Leandro Rico. *Consórcios Públicos Intermunicipais: Uma Alternativa à Gestão Pública* – Brasília: CNM, 2016. 108 páginas. ISBN 978-85-8418-034-9

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

SANTOS, Marcela de Oliveira. Análise Institucional: Estatuto da Metrópole e outros instrumentos normativos que tratam da questão metropolitana. In _____. *Brasil metropolitano em foco : desafios à implementação do Estatuto da Metrópole /* organizadores: Bárbara Oliveira Marguti, Marco Aurélio Costa, César Buno Favarão. – Brasília : Ipea, 2018. 511 p. : il., gráfs., mapas, fots. color. – (Série Rede Ipea. Projeto Governança Metropolitana no Brasil ; v. 4) Inclui Bibliografia. ISBN: 978-85-7811-324-7



A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS ALIMENTOS

Thiago Marcelo Francisco dos Santos

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

Resumo – Os alimentos têm como uma de suas características a impossibilidade de compensação na prestação. Por meio de um recorte histórico acerca dos alimentos, observa-se que sempre houve proteção do alimentando, considerando o crédito alimentar essencial para a sua subsistência. O presente trabalho objetiva demonstrar a necessidade, também, de garantir o direito do alimentante. Isso porque nem a vida – direito fundamental por excelência - é absoluto, não devendo ser também absoluta a impossibilidade de compensação dos alimentos, a fim de garantir a dignidade da pessoa do alimentante e evitar o enriquecimento sem causa.

Palavras-chave - Direito de Família. Alimentos. Compensação. Possibilidade. Vedação ao enriquecimento sem causa.

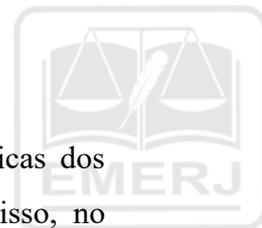
Sumário - Introdução. 1. Os alimentos: sua importância para quem presta e para quem recebe e sua fixação com base na evolução histórica e atualmente na teoria da aparência. 2. Prestação alimentar: a necessidade do alimentando não deve ser tratada de maneira absoluta, sob pena de um garantismo exacerbado. 3. Característica dos alimentos: possibilidade de compensação já autorizada pelo Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da compensação dos alimentos no ordenamento jurídico e as questões acerca das características absolutamente consideradas no Código Civil, quais sejam: incompensáveis, irrepetíveis e irrenunciáveis. O objetivo do presente estudo é dar um tratamento isonômico ao alimentando, quando relacionado ao tratamento que é dado em ao alimentando.

As constantes alterações sociais durante as décadas permitiram que a doutrina e a jurisprudência criassem métodos para satisfazer o crédito alimentar, inclusive com o auxílio das redes sociais, por meio de sinais exteriores de riqueza. Contudo, o mesmo não se pode dizer em relação ao alimentante, tendo em vista que há sempre uma pecha de provável devedor ou mau pagador dos débitos alimentares.

Essa mentalidade, contudo, vem sendo alterada com criação de jurisprudências autorizativas para compensação das verbas alimentares já pagas, evitando-se o enriquecimento sem causa, além de privilegiar rápida solução dos conflitos, a dignidade da pessoa humana – tanto alimentante quanto alimentando, além evitar tratamento desproporcional, desigual, gerando uma proteção completamente deficiente.



O objetivo é retirar esse caráter absoluto de uma das principais características dos alimentos no ordenamento jurídico brasileiro – a vedação à compensação. Para isso, no primeiro capítulo da pesquisa, é feita uma digressão histórica sobre a fixação dos alimentos, tanto no ordenamento brasileiro quanto no ordenamento alienígena.

A partir disso, no segundo capítulo, o autor se vale da interdisciplinaridade – citando autores penais – para fundamentar sua tese segundo a qual vedar a compensação dos alimentos põe o alimentante numa situação, muitas das vezes, de miserabilidade e de submissão frente ao alimentando, o que pode implicar desvirtuação do caráter alimentar.

No terceiro parágrafo, disserta-se sobre o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, possibilitando a compensação dos alimentos, em verdadeiro reconhecimento e aplicação do princípio da dignidade humana – princípio esse muito importante no Estado Democrático de Direito – e da vedação ao enriquecimento sem causa.

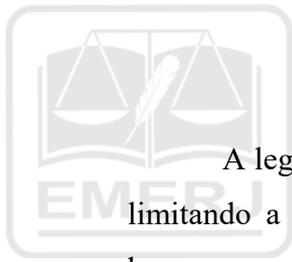
Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa e explicativa, de modo que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente ao tema em apreço, analisado e fichado na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar sua tese.

1. ALIMENTOS: SUA IMPORTÂNCIA PARA QUEM PRESTA E PARA QUEM OS RECEBE E SUA FIXAÇÃO COM BASE NA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ATUALMENTE NA TEORIA DA APARÊNCIA

O termo alimento pode ser admitido tanto por uma visão perfunctória ou por uma conceituação mais técnica. Naquela, trata-se de tudo o que o ser humano precisa para sua subsistência. Nesta, inclui-se, além da subsistência, a ideia de obrigação imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite.

O artigo 1. 694 da lei civil vigente encampa essas duas acepções quando¹ afirma que os alimentos devem ser prestados de modo compatível com a condição social, incluindo o atendimento de necessidades com educação. É possível, assim, afirmar que os alimentos designam tanto a obrigação de sustento de outra pessoa como também o próprio conteúdo da obrigação.

¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.



A legislação que a precedeu, no artigo 376,² não trouxe uma aceção de alimentos, se limitando a dizer que poderiam ser exigidos ou prestados por quaisquer parentes quando houvesse a necessidade.

Quando se fala que os alimentos decorrem de causa prevista em lei, o termo é amplo, tendo em vista que a Constituição da República cria, no art. 227, CRFB/88³, por exemplo, obrigação alimentar aos pais em relação aos filhos, por exemplo, e é uma norma hierarquicamente superior em relação à lei, de acordo com a teoria da pirâmide de Kelsen.

O ideal seria a conceituação como uma obrigação prevista no ordenamento jurídico, haja vista que, de acordo com a teoria do Neoconstitucionalismo⁴, a lei retira seu fundamento de validade da Constituição, que se irradia para todos os ramos do Direito.

Nessa linha, não somente a lei civil prevê a obrigação alimentar, havendo esse efeito irradiante da Constituição também, sobre o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), e sobre o Estatuto da Criança e do adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, além de outros dispositivos que o fazem indiretamente, como é a Lei previdenciária, por exemplo, quando trata da possibilidade de pensão previdenciária.

A reunião de ambas as definições traz a verdadeira ideia e importância do que são os alimentos para o alimentando: a garantia de subsistência material, moral, intelectual, social do indivíduo que dele necessita, visando a satisfação do postulado da dignidade da pessoa humana, princípio constitucionalmente consagrado.

Quanto à sua importância em relação aos alimentantes, por sua vez, não é tão fácil a definição. Isso porque com o passar dos tempos foi possível observar comportamentos diversos naqueles com quem o alimentando tem relação jurídica: Há aqueles que voluntariamente os prestam, inclusive ajuizando ação de oferta de alimentos; há aqueles que, ludibriados, pagam alimentos sem que sejam responsáveis; e há aqueles que, mesmo obrigados e tendo condições, simplesmente não prestam os alimentos.

Nem sempre foi assim! Realizando uma contraposição à evolução histórica do tratamento dos alimentos, houve momentos em que sequer a lei se preocupou com o tratamento dos alimentos. Noutros, somente os elementos trazidos ao processo poderiam ser avaliados.

²BRASIL. *Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 10 set. 2018

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

⁴ MORAES. Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. refor, ver e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 23



Yussef Said Cahali⁵ aborda a evolução histórica dos alimentos afirmando a origem seu tratamento no Direito Romano. Lá, a obrigação alimentar poderia ser fundada em várias causas: na convenção, no testamento, na relação familiar, na relação de patronato e, na tutela. Quanto aos alimentos na relação familiar, não é mencionada nos primeiros momentos da legislação romana.

Essa ausência de tratamento não decorre somente da falta de sistematização, mas também da própria estrutura familiar existente à época. Não se poderia conceder sentido o tratamento dos alimentos, na medida em que o único vínculo existente entre os integrantes do grupo familiar era o pátrio poder, sem qualquer obrigação que o vinculasse a seus dependentes. Muito mais que a ausência de vinculação aos filhos, estes não poderiam demandar qualquer pretensão de caráter patrimonial contra o pai, por falta de capacidade.

De outro giro, surge o alerta para o fato de que não há momento histórico preciso a partir do qual se reconhece a obrigação alimentar no contexto da família. Contudo, se pode verificar, a partir de Justiniano que a matéria deixa de ser uma obrigação moral e ganha disciplina jurídica, compreendendo os cônjuges, ascendentes, descendentes, irmãos e irmãs.

Trazendo a evolução histórica para o ordenamento jurídico brasileiro, as Ordenações Filipinas tratam, de maneira inicial, sobre o tema, no Livro 1. Tit. LXXXVIII, 15 a primeira previsão de fixação de alimentos estabelecida pelo juiz de órfãos. De acordo com o referido documento⁶:

se alguns órfãos forem filhos de tais pessoas, que não devam ser dados por soldadas, o juiz lhes ordenará o eu lhes necessário for para o seu mantimento, vestido e calçado e tudo mais em cada um ano. E o mandará escrever no inventário, para se levar em conta a seu Tutor, ou Curador. E mandará ensinar a ler e escrever aquelles, que forem para isso (2), até a idade de 12 anos . E dahi em diante lhes ordenará sua vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda

É possível observar que o próprio juiz já era responsável pela determinação dos alimentos. Além disso, não se verifica uma especialização do tratamento da matéria, sendo a fixação determinada pelo juízo de órfãos. Uma outra curiosidade que merece apontamento é a disposição expressa das figuras do tutor e do curador, já em 1603, ainda que as finalidades do instituto não sejam exatamente as estabelecidas atualmente.

Ainda quanto às Ordenações Filipinas, há determinação de assistência mesmo para os filhos considerados ilegítimos. Em que pese após a entrada em vigor da Constituição da República em 1988 não possa haver distinção entre os filhos havidos ou não na constância do

⁵ CAHALI. Yussef Said. *Dos Alimentos*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41.

⁶ BRASIL. *Ordenações Filipinas*. no Livro 1. Tit. LXXXVIII, 15 Ano 1603. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p212.htm>. Acesso em: 27 mai 2018



matrimônio, na época de outrora não havia esse impedimento, de modo que os filhos havidos por homens casados fora do casamento eram considerados ilegítimos, condição que lhes retirava vários direitos.

Essa assistência não se determina com a prestação de alimentos mas como a prestação de algum tipo de auxílio ou cuidado para que não morram sozinhos, ou não fiquem abandonados à própria sorte⁷.

Porém, se as crianças, que não forem de legítimo matrimônio, forem filhos e alguns homens casados, ou de solteiros, primeiro serão constrangidos seus pais, que os criem, e não tendo elles por onde os criar, se criarão à custa das mães. E não tendo elles nem ellas per onde os criar, sejam requeridos seus parentes, que os mandem criar. E não o querendo fazer, ou sendo filhos de Religiosos, ou de mulheres casadas, os mandarão criar à custa dos hospitais, ou albergarias, que houver na cidade, vila ou lugar, se tiver bens ordenados para a criação dos engeitados: de modo que as crianças não morram por falta de criação. E não havendo hi tais hospitais e albergarias, se criarão à custa das rendas do Conccelho.

Em que pese toda essa sistemática que aborda inclusive os filhos não decorrentes de matrimônios legítimos, o autor afirma que o documento mais importante da época foi o Assento de 09.04.1772, segundo o qual proclamou o dever de cada um alimentar a si mesmo e criou diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos, ascendentes, transversais, irmãos legítimos e ilegítimos.

Além disso, menciona que, a partir da Consolidação das Leis Civis, há melhor discussão sobre o dever de sustento dos filhos, bem como os direitos recíprocos de alimentos entre pais e filhos e entre parentes.

A partir do Código Civil de 1916 – Código Beviláqua – Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916⁸, a obrigação alimentar é tratada em relação ao cônjuge, como um efeito do dever de mútua assistência, e em relação ao filho, decorrente do dever de guarda e sustento.

Como corolário do Código Civil, várias leis dispuseram acerca dos alimentos. A primeira lei que visa garantir a efetividade da prestação dos alimentos é o Dec. Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941 – Lei de Proteção à Família – que, no seu artigo 7º determinava o desconto em folha da pensão alimentícia. Posteriormente, várias leis passaram a dispor sobre o desconto em folha, quase do mesmo modo como é feito atualmente.

Isso porque a disciplina da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil – estabelece limites ao desconto da prestação alimentar, tanto das prestações

⁷ *Idem*. Tit. LXXXVIII, 11 Ano 1603. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p211.htm>. Acesso em 27 mai 2018

⁸ BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1 de Janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 10 set 2018/



vencidas, cujo desconto em execução é limitado à 50% (cinquenta por cento) do art. 529, §3º, CPC, quanto das prestações vincendas, sem estabelecer limites quanto a estas.

Além da previsão dos descontos, o código Civil inspirou a Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994, que permitiu a concessão dos alimentos, em relação aos filhos havidos fora do casamento, na sentença de procedência da ação de investigação de paternidade. Inspirou, também a Lei 9.278 de 10 de maio de 1996 que dispôs sobre a obrigação alimentar dos conviventes.

Nesse meio, ainda houve a edição da Lei nº 5.478, de 25 de Julho de 1968, que trata sobre a ação de alimentos e é aplicada até os dias atuais, bem como a Lei nº 883 de 21 de outubro de 1949, a qual tratava sobre a fixação dos alimentos provisionais em favor do filho ilegítimo.

A lei que trata sobre a ação de alimentos, no seu artigo 4º permite que o juiz, já no início da ação, fixe alimentos provisórios em favor do alimentante. Posteriormente à lei, a jurisprudência chegou ao resultado atualmente conhecido, no qual se utilizam elementos reais, colhidos por meio das redes sociais, a fim de fixar os alimentos em atenção a real possibilidade e necessidade dos alimentandos e alimentantes.

Dada a importância e levando em consideração que se vive uma época em que as relações humanas estão cada vez mais virtualizadas, os tribunais utilizam cada vez mais desses meios digitais para que, no momento da fixação desses alimentos, se chegue o mais próximo da realidade tanto de quem presta os alimentos quanto de quem os recebe, na função de satisfazer o postulado da dignidade humana.

Tanto a doutrina quanto alguns Tribunais vêm admitindo, no momento da fixação dos alimentos, bem como para sua revisão, a aplicação da teoria da aparência, segundo a qual os elementos exteriores de riqueza autorizam se prestam a fundamentar o patamar adequado. Nessa linha, transcreve-se⁹:

Apelação civil- ação de alimentos- menor incapaz- alimentos - incapacidade financeira- - inexistência- teoria da aparência- decisão mantida. 1. Nos termos do art. 1.694, § 1º, do Código Civil, os alimentos devem ser arbitrados de modo a promover, equilibradamente, ideal proporcionalidade entre as necessidades presumidas do alimentando e a capacidade contributiva de seu genitor. 2. O alimentante é empresário, sendo sócios em 50% em duas lanchonetes, de modo que a declaração de

⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado De Minas Gerais. *AC n° 1.0362.11.008280-1/001*. Relator(a): Des.(a) Renato Dresch, 4ª Câm. Cível, julgamento em 19/03/2015, publicação da súmula em 25/03/2015). Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/7506/Alimentos.%20Teoria%20da%20apar%C3%AAncia.%20Sinais%20exteriores%20de%20riqueza>. Acesso em: 20 mai.2018



imposto de renda não represente o valor real dos seus rendimentos. 3. Diante da falta de comprovação real dos rendimentos do alimentante, impõe-se a aplicação da Teoria da Aparência, que autoriza ao julgador utilizar como parâmetro para a fixação do encargo alimentar quaisquer sinais que denotem a existência de capacidade econômica.

A técnica deve ser aplaudida porquanto não raro alguns alimentantes tenham ampla condição de prover o sustento daqueles que pleiteiam judicialmente o mínimo para sua subsistência digna, empregam vários expedientes fraudulentos para se esquivar do dever alimentar, se valendo de intermediários – “laranjas” –, declarações falsas, chegando até mesmo a deixar o emprego para não sofrer descontos em sua folha de pagamento.

Nessas situações, o pedido de alimentos deixa de ser um mero exercício de um direito e passa a ser uma missão hercúlea, uma verdadeira batalha degradante, humilhante e, às vezes, frustrante, tendo em vista que nem sempre é possível o alcance de bens do alimentante. O que decorre disso é que os alimentandos desistem de seus pleitos ou, de outro giro, se sentem desprivilegiados, abandonados à própria sorte, o que implica vários problemas psicológicos, que muitas vezes não são conhecidos pelos juízes ou pela sociedade em geral.

A prestação de alimentos é um ato de amor. Poder prover o sustento do seu próximo, da sua própria prole em muitos dos casos – pois nem sempre o alimentando será um descendente – deveria ser encarado não como um dever jurídico, uma simples imposição, mas como uma obrigação moral, cujo descumprimento pelo alimentante o fizesse se enxergar como indigno em sua honra subjetiva. A ideia aqui não é generalizar os todo devedor alimentar, tão somente aqueles que, como dito, se utilizam de expedientes fraudulentos.

Nessa linha de ideias, a atual posição dos Tribunais de aplicação da teoria da aparência, considerando os alimentos como um direito da personalidade, é de suma importância porque veio trazer maior amparo àqueles que intentam pedi-los de acordo com a real possibilidade do alimentante, desconsiderando a alegação meramente formal de possibilidade.

Contudo, a utilização dos elementos colhidos digitalmente somente possibilitam a satisfação do crédito do alimentando. Ainda assim, não há instrumentos para que o alimentante consiga, de maneira eficaz, se defender em uma ação de alimentos, mormente quando ajuizada indevidamente, tendo em vista que a hipossuficiência do alimentando ganha nítido caráter absoluto, o que será tratado a seguir.

2. PRESTAÇÃO ALIMENTAR: A NECESSIDADE DO ALIMENTANDO NÃO DEVE SER TRATADA DE MANEIRA ABSOLUTA, SOB PENA DE UM GARANTISMO EXACERBADO

Já na atual disciplina do código Civil de 2002¹⁰, houve a disposição acerca da necessidade de fixação dos alimentos civis, bem como o tratamento do caráter patrimonial dos alimentos.

Diante de todo esse cenário, houve significativa evolução na busca de satisfazer o crédito do alimentando. O alimentando, na maioria das vezes, como já tratado, é hipossuficiente em relação ao alimentante, que é a pessoa que detém o poder de sustento. Contudo, o que se percebe é que essa presunção é tratada de maneira absoluta.

Noutras palavras, durante toda a evolução histórica aqui tratada, bem como no atual tratamento dos alimentos, não há meios suficientemente estabelecidos para se impugnar o dever alimentar. Não se está falando na ausência de legislação em favor do alimentando que permitia arbitrariedades perpetradas pelos alimentantes. Fala-se aqui da regulamentação tanto do direito de um – alimentando – quanto de outro – alimentante, não bastando quanto a este último somente a regulamentação do seu dever jurídico.

Ainda que haja situações em que o alimentando passe por circunstâncias humilhantes, o legislador não admite, sequer uma vez, que esse alimentando possa mentir ou forjar uma situação inexistente. E caso isso aconteça, o suposto alimentante impugnará na condição de réu.

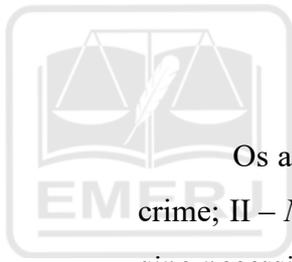
Não há ação para resguardar o direito do alimentante que legitimamente não deveria prestar os alimentos, o que viola, além da boa-fé, a garantia Constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a qual assegura, no artigo 5, XXXV, CRFB de 5 de outubro de 1988¹¹, que nenhuma lesão ou ameaça será afastada do conhecimento judicial. Nessa linha, em que pese seja aplicada no Direito Penal, a teoria do Garantismo hiperbólico Monocular, baseada na teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli¹², pode ser aplicada aos alimentos.

De acordo com a teoria do garantismo, afirma-se a necessidade de respeito a valores e princípios que atendam a direitos mínimos do acusado, tanto na seara penal quanto processual penal, indistintamente. Para assegurar essas garantias, o autor afirma que devem ser observados 10 axiomas principais, que têm com função precípua tutelar um princípio como a liberdade, a igualdade, dentre outros.

¹⁰ BRASIL, op.cit, nota 1

¹¹ BRASIL, op.cit., nota 3.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão* (Teoria do Garantismo Penal) 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 73-76



Os axiomas listados por Ferrajoli são: I – *Nulla poena sine crimine* – não há pena sem crime; II – *Nullum crimen sine lege* – não há crime sem lei anterior; III – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* – não há lei penal sem necessidade; IV – *Nulla necessitas sine injuria* – não há necessidade sem ofensa a bem jurídico; V – *Nulla injuria sine actione* – não há ofensa ao bem jurídico sem ação; VI *Nulla actio sine culpa* – não há ação sem culpa; VII – *Nulla culpa sine iudicio* – não há culpa sem processo; VIII – *Nulla iudicium sine accustione* – não há processo sem acusação; IX – *Nulla accusatio sine probtione* – não há acsuação sem prova; X – *Nulla probatio sine defensione* – não há prova sem contraditório.

Levando em consideração que o ordenamento jurídico é único e que as subdivisões são feitas em caráter didático, haja vista que até o eventual conflito de normas é aparente e há meios para a sua solução, é possível a aplicação desses axiomas nitidamente penais aos alimentos, hipótese em que, *mutatis mutandis*, podem ser interpretados do modo abaixo transcrito, seguindo-se, respectivamente, a ordem dos axiomas de Ferrajoli.

Nessa senda: I - não há fixação de alimentos sem que haja relação alimentar; II – não há relação alimentar sem que haja definição no ordenamento jurídico; III – não há lei que fixe alimentos sem levar em conta a necessidade; IV- não há necessidade dos alimentos sem que haja ofensa ao direito de receber alimentos; V – Não há ofensa à obrigação alimentar sem ação; VI – Não há ação sem culpa; VII – não há culpa no débito alimentar sem o processo; VIII- Não há processo sem pedido do alimentando; IX – não há pedido do alimentando sem prova da relação alimentar; X – não há prova sem contraditório.

A aplicação desses axiomas no instituto dos alimentos implica reconhecer, como no conceito, que decorrem de uma relação jurídica e que no momento da fixação dos alimentos, o juízo atenderá ao binômio: possibilidade-necessidade. Além disso, reconhece o caráter substitutivo do juízo na fixação dos alimentos na medida em que, em regra, se houvesse acordo quanto à fixação, não haveria pretensão a ser resistida em juízo – não haveria lide nos alimentos.

Não somente, constata a impossibilidade de fixação dos alimentos, quanto aos menores, em sede extrajudicial. Nessa linha, a fixação de alimentos, tendo em vista o nítido interesse de incapaz, deve ter a intervenção do Ministério Público, nos termos do artigo 178, II, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – CPC – somente sendo possível que seja feita judicialmente.

Na mesma linha, verifica-se, à luz dos axiomas VI e VII, que o juiz não determinará a prisão do devedor alimentar quando constatar que o inadimplemento decorre de circunstância imprevisível e inevitável e que essa circunstância deverá ser analisada no processo.



Seguindo-se à aplicabilidade dos axiomas penais aos alimentos, em regra, não haverá processo de alimentos sem que haja pedido do alimentando. A exceção aqui não é o caso da mãe, tendo em vista que essa não é parte, mas somente representante/assistente legal, que complementa a capacidade do filho menor – púbere ou impúbere – para a prática de atos processuais. Essa hipótese não é o caso de legitimidade extraordinária.

A hipótese que excepciona o pedido de alimentos feito pelo alimentando é a oferta de alimentos pelo próprio devedor ou a atribuição de legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ação de alimentos em proveito de crianças e adolescentes, conforme enunciado de súmula nº 594, Superior Tribunal de Justiça¹³. De acordo com o verbete, a legitimidade do *parquet* subsiste independentemente de se encontrar em situação de risco, bem como independe da existência ou eficiência da Defensoria Pública como, por fim, prescinde do exercício do poder familiar.

Quanto à necessidade de prova da obrigação alimentar, a própria lei que determina o rito das ações de alimento – Lei nº 5.478 de 25 de julho de 1968, no seu artigo 2º, exige apenas que o credor da prestação alimentar prove o parentesco ou a obrigação alimentar do devedor. Como decorrência lógica do devido processo legal, essa prova deve ser submetida ao crivo do contraditório.

Quando se verifica somente a necessidade de respeito ao sujeito hipossuficiente da relação – no direito penal, em regra o réu – de modo que esse garantismo seja prestado de maneira desarrazoada, desproporcional, verifica-se o denominado garantismo hiperbólico monocular.

A aplicação dessa teoria aos alimentos se verifica na medida em que o hipossuficiente – alimentando – tem meios para alcançar os alimentos que entende devidos, enquanto, ao contrário, o alimentante, caso não tenha efetivamente o dever de prestá-los não tem, como dito, meios de exercer sua pretensão, tão somente de resistir à pretensão exercida pelo alimentando.

Nessa linha, o que pode fazer o alimentando se a prova oferecida em juízo for falsa? O que fazer se desde o início tanto o alimentante quanto o alimentando souberem que não há relação obrigacional alimentar. O princípio da boa-fé não resolve esse problema porquanto, ainda que se estabeleça multa por ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do artigo 77, do Código de Processo Civil, já foram pagos alimentos em favor do suposto alimentando.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado de Súmula nº 594*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Tribunal-edita-tr%C3%AAs-novas-s%C3%BAmulas. Acesso em: 18 set, 2018



Os alimentos têm características conhecidamente absolutas previstas em lei: a impenhorabilidade, irrepetibilidade e a impossibilidade de compensação.

Nessa linha, parece que os alimentos, consideradas essas características, bem como considerados direitos da personalidade e verdadeiros direitos fundamentais não podem ser relativizados. Uma vez não relativizados, como ficaria a relação desse suposto alimentante que os prestou sem ter qualquer obrigação jurídica.

Em situações como essa, de violação flagrante aos direitos do alimentante, é que se verifica, na atual codificação dos alimentos, a teoria do garantismo hiperbólico monocular, de modo que deve ser afastada, garantindo-se os direitos do alimentante, que pode acontecer com a relativização dessas características acima citadas.

Para isso, é necessária análise mais detida acerca das características dos direitos fundamentais bem como da estrutura e classificação dos alimentos.

3. CARACTERÍSTICAS DOS ALIMENTOS: POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO JÁ AUTORIZADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os alimentos são considerados como direitos da personalidade e, por consequência, em que pese as divergências doutrinárias sobre o tema, considerados como direitos fundamentais.

Uma característica principal dos alimentos é o seu intuito personae. Os alimentos são direito personalíssimo na medida em que representam um direito inato que visa a promover a subsistência e integridade do indivíduo.

Uma segunda característica decorrente da sua configuração como um direito personalíssimo é a sua irrenunciabilidade, previsto expressamente no artigo 1.707, Código Civil¹⁴. É possível que o titular do direito não o exerça, contudo, uma vez exercido, não pode renunciar aos alimentos.

Essa característica advém da necessidade dos alimentos na medida em que se não foram pedidos não são necessários. Contudo, uma vez requeridos, serão indispensáveis. A irrenunciabilidade não impede que o juiz julgue improcedentes os pedidos, caso não reste demonstrada a necessidade. Do mesmo modo, mesmo depois de fixados, não impede que, inadimplidos, o alimentando deixe de executar a prestação devida.

¹⁴ BRASIL, op.cit. p 70



Por esse motivo, Yussef Cahali¹⁵ afirma que a irrenunciabilidade atinge o direito mas não o exercício.

Mesmo com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil¹⁶, que trouxe o instituto dos negócios jurídicos processuais no art. 190, não há que se falar em mitigação à característica da irrenunciabilidade, uma vez que o dispositivo legal prevê que o pacto não pode recair sobre direitos indisponíveis, o que é o caso dos alimentos.

Também corolário do caráter personalíssimo, os alimentos são intransmissíveis – ativa e passivamente, de modo que, em regra, com a morte do alimentante ou do alimentando a obrigação alimentar é cessada. Quanto à morte do primeiro, contudo, é possível que o espólio seja responsabilizado pelo adimplemento da prestação alimentícia. A intransmissibilidade a que se refere a característica é da responsabilidade alimentar.

O que não se admite, com fundamento na característica da intransmissibilidade dos alimentos, é, em regra, a alteração no polo da demanda, seja do alimentante seja do alimentando.

Contudo, atualmente, a doutrina e a jurisprudência vem admitindo a possibilidade de condenação dos avós de maneira complementar e subsidiária, quando o alimentante não puder responder pelo encargo alimentar.

É uma hipótese de transmissão da responsabilidade, ainda que de maneira parcial. Nesse sentido é o verbete de súmula nº 596, do Superior Tribunal de Justiça “A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso da impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais”.

Os alimentos são, outrossim, impenhoráveis. Significa dizer que se destinando o crédito à subsistência do alimentando, uma vez integrado ao seu patrimônio, não poderá outro credor satisfazer o seu crédito por meio do valor recebido como alimentos. Orlando Gomes¹⁷, por sua vez, admite que haja exceções, podendo recair penhora sobre parte do crédito, sustentando que há sempre uma parte dos alimentos que não correspondem ao necessário para subsistência.

A característica que fundamenta o presente artigo, contudo, é a sua incompensabilidade. De acordo com a referida característica, não é possível que o alimentante, caso credor de alguma dívida com o alimentando, compense sua dívida, tendo em vista que os alimentos devidos têm a função de assegurar o mínimo existencial.

¹⁵ CAHALI, op.cit. p 82-97

¹⁶BRASIL. *Código de processo civil*. Lei 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: 23 set 2018

¹⁷ GOMES apud CAHALI, op.cit., p. 41



O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁸, historicamente, em 1989, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei 10.406 de 11 de janeiro de 2002, em decisão na qual cita Caio Mário, admitia, excepcionalmente, a compensação de débitos alimentares, caso originados da mesma causa, sob pena de enriquecimento sem causa do alimentando sobre o alimentante. Nessa linha, transcreve-se:

[Embora irrepetível a pensão paga,] nada impede que os valores pagos a mais sejam computados nas prestações vincendas, operando-se compensação de créditos (...). Assim, torna-se viável a compensação de dívidas originadas de alimentos, quando ambas tenham a mesma causa (Caio Mário, Instituições, II, n. 163, p. 208). Aliás, a hipótese não é, a rigor, de compensação, mas de adiantamento a ser considerado nas prestações futuras”

Não somente em decisão histórica, após a entrada em vigor do Código Civil vigente, o judiciário continuou a admitir a compensação das prestações alimentares. Baseando-se em doutrina que sustenta que a incomensabilidade implica enriquecimento sem causa, passou-se a admitir a compensação, desde que respeitados três pressupostos¹⁹.

É necessário que as dívidas que se repute compensáveis tenham o claro caráter alimentar ou decorrência de pensão alimentícia. Posteriormente, é preciso que se demonstre a excepcionalidade do caso. Por fim, exige-se que o alimentando não experimente um acréscimo patrimonial em detrimento do alimentante.

Além dessa explanação, a possibilidade de compensação não se funda somente na vedação do enriquecimento sem causa, mas no respeito a todo ordenamento jurídico que prega a boa-fé objetiva, a proteção da confiança, a dignidade da pessoa humana, além da real satisfação do binômio da necessidade-possibilidade

A boa-fé objetiva aparece em três momentos no Direito Civil, como uma forma de interpretação, como um limite da atuação a fim de evitar abuso do direito, e como forma de execução dos negócios jurídicos, todas esses entendimentos previstos nos artigos 113, 187 e 422, respectivamente, todos do Código Civil.

A doutrina de Cristiano Chaves de Farias²⁰ elenca as figuras parcelares da boa-fé objetiva, quais sejam: *a supressio, surrectio, venire contra factum próprio e tu quoque, duty to mitigate the loss*. Impedir a compensação dos alimentos viola a boa-fé objetiva nas três figuras parcelares observadas.

¹⁸ In. Ibidem. *RJTJSP* 123/236.

¹⁹ DI FRANCESCO. José Roberto Pacheco. Periódicos eletrônicos: Justiça começa a admitir compensar pensão alimentícia. *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-nov-04/justica_comeca_admitir_compensar_pensao_alimenticia. Acesso em 03 jun. 2018

²⁰ FARIAS. Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe e; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 896



Na *supressio*, o sujeito deixa de exercer uma situação de direito em determinada circunstância e não pode mais exercê-lo, por afrontar a boa-fé objetiva. Não se está dizendo que a forma da prestação alimentar é alterada com o passar do tempo. Mas, quanto aos alimentos já pagos de uma determinada forma, o alimentando deixou de exercer o direito à impugnação do pagamento, não podendo, depois de ter recebido, pugnar para que a obrigação seja cumprida de outra forma.

Na *surrectio*, por sua vez, o exercício continuado de uma situação jurídica contrariando o que foi anteriormente pactuado enseja o reconhecimento de um direito subjetivo, estabilizando-se a relação para o futuro. Esse futuro está condicionado à essa prestação, tendo em vista o que foi dito acima, que não é possível a alteração da obrigação com o decurso do tempo.

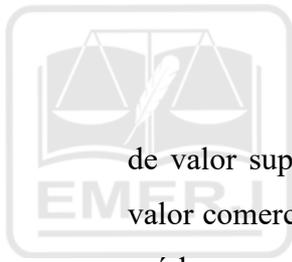
Na figura do *venire contra factum proprio* o alimentando inicialmente aceita o pagamento, ainda que por meio de sua representante legal, banca o esperto, e, posteriormente cobra o mesmo valor que já foi pago, sustentando que o método do cumprimento não havia sido o inicialmente estabelecido.

Isso viola frontalmente a proibição de comportamento contraditório de quaisquer das partes, o que só agrava a litigiosidade do processo sem trazer qualquer benefício às partes. Isso porque, além de violação à boa-fé, impossibilitar a compensação das verbas pagas *in pecúnia* desprestigia a proteção da confiança legítima depositada pelo alimentante de que ao pagar, ainda que *in natura*, estaria cumprindo seus deveres morais como pai e jurídicos como devedor, possibilitando futura cobrança, essa totalmente desproporcional.

Não há como falar em tratamento digno de um alimentante que, em muitos casos, retira dinheiro de onde não tem, para que nada falte a seus filhos, sendo, posteriormente cobrado, com sérios riscos de ser preso. O brocardo popular segundo o qual “quem paga mal paga duas vezes” não tem que ser levado em consideração, vez que não se trata de mal pagamento, mas de pagar da forma que não falte aos filhos mas que também não se coloque em uma situação de miserabilidade.

Não menos importante, a vedação a compensação dos alimentos viola a real análise do binômio da possibilidade e da necessidade. A fixação dos alimentos leva em consideração tudo o que é necessário para satisfazer as condições mínimas e dignas de existência do alimentando, baseando-se naquilo que o alimentando demonstra poder pagar.

No momento em que se impede a compensação com as verbas alimentares já pagas, o alimentando passará a receber mais do que efetivamente demonstrou no momento em que requereu os alimentos na ação própria. Além disso, o alimentante é compelido ao pagamento



de valor superior às reais possibilidades. Já foram pagos alimentos *in natura*, os quais têm valor comercial, e agora, além de já ter despendido quantia para o pagamento de um plano de saúde, um colégio, haverá ainda uma nova condenação ao pagamento dos mesmos alimentos, podendo o descumprimento ensejar prisão.

Esses alimentos não visam mais à garantia do mínimo existencial do alimentando, criando uma verdadeira situação de enriquecimento sem causa, prevista no artigo ²¹840, Código Civil.

Ainda que não sejam os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania vêm admitindo, ainda que de maneira excepcional, a compensação das verbas *in natura* já pagas. Antes de ser aceito pelo STJ, a tese já era admitida por alguns Tribunais de Justiça, como se observa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PAGAMENTO IN NATURA. Os valores pagos relativamente à educação e saúde não constituem mera liberalidade, senão pagamento parcial da pensão alimentícia feito *in natura*, motivo pelo qual deverão ser abatidos no cálculo da dívida. Não admitir a compensação desses valores efetivamente pagos implicaria enriquecimento sem causa para a credora. Entendimento do STJ. RECURSO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70067645796, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 04/12/2015).

Além de não remontar a necessidade e a possibilidade reais, o julgado afirma que impedir a compensação implica o enriquecimento sem causa, não se tratando o pagamento *in natura* de mera liberalidade do alimentando.

Desse modo, por todo o exposto, deve ser possibilitada a compensação dos alimentos *in natura* a fim de proteger não somente o alimentando, como feito por toda a legislação, desde a antiguidade, como também de criar meios para resguardar a dignidade da pessoa do alimentante.

CONCLUSÃO

A legislação, desde a antiguidade até os tempos atuais, evoluiu no sentido de aprimorar a satisfação do crédito para o alimentando, considerando como absoluta a natureza alimentar do crédito que visava a subsistência do necessitado. Atualmente, o avanço da

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *AI nº: 70067645796 RS*. Sétima Câmara Cível. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/265808887/agravo-de-instrumento-ai-70067645796-rs?ref=serp>. Acesso em: 23 set. 2018



legislação, e também da jurisprudência, permitiu a criação de novos meios para a satisfação do crédito do alimentando, inclusive com a utilização dos meios sociais para configuração da possibilidade do alimentante prestar os alimentos. A jurisprudência se vale das postagens em rede social para avaliar os reais sinais de riqueza do alimentante.

Contudo, observou-se que todo o avanço da matéria ocorreu somente em relação ao alimentando. Isso porque o alimentante continuou sendo tratado como mau pagador, como uma pessoa indigna. Nesse sentido, os alimentos são considerados como verdadeiros direitos fundamentais, tendentes à garantir a dignidade da pessoa humana que não tem como manter sua própria subsistência, além de reafirmar os laços decorrentes da parentalidade, civil ou biológica.

Observou-se, além disso, que, como direitos fundamentais, são passíveis de relativizações. O atual cenário econômico, em que os alimentantes estão superendividados, propicia que estes, a fim de cumprir o dever constitucional de manter a subsistência da prole, efetuem o pagamento de forma diversa do convencionado ou do estabelecido judicialmente.

Nesse sentido, como restou demonstrado, em que pese o Código Civil permita que o exequente não aceite objeto diverso da obrigação, ficou evidenciado que o executado não pode ser novamente condenado ao pagamento dos alimentos bem como não ver a compensação dos alimentos pagos.

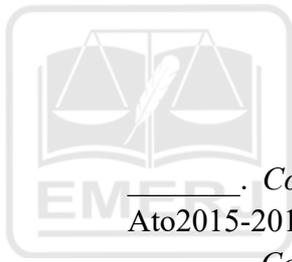
Isso porque, em que pese prestados de maneira diversa, o objeto da obrigação – alimentos – é o mesmo. Além disso, cria-se uma ininteligível desproporção em detrimento do alimentante e uma situação de enriquecimento sem causa em favor do alimentando.

Restou demonstrado que, durante muito tempo, em que pese a aceitação de parte da doutrina – a respeito da compensação – a jurisprudência dos Tribunais Superiores afastou essa possibilidade. Contudo, ainda que de maneira incipiente, verifica-se uma recente alteração da visão judicial.

Conforme se observou, o Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, permitiu a compensação dos alimentos por aqueles prestados *in natura*, reconhecido que havia sido atingido o fim pretendido pela lei, de modo que a prestação diversa não pode ensejar uma situação indigna ao alimentante, eis que também está amparado pela dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.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: 23 set 2018

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. *Lei n.º 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso: em 10 set. 2018

_____. *Ordenações Filipinas. no Livro 1. Tit. LXXXVIII, 15 Ano 1603*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p212.htm>. Acesso: em 27 mai. 2018

_____. *Ordenações Filipinas. no Livro 1. Tit. LXXXVIII, 11 Ano 1603*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p211.htm>. Acesso: em 27 mai. 2018

_____. *Tribunal de Justiça do Estado De Minas Gerais. AC n.º 1.0362.11.008280-1/001*. Relator(a): Des.(a) Renato Dresch, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/03/2015 publicação da súmula em 25/03/2015). Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/7506/Alimentos.%20Teoria%20da%20apar%C3%Aancia.%20Sinais%20exteriores%20de%20riqueza>. Acesso em: 20 mai.2018

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 7ª Cam. Cív. AI N.º: 70067645796 RS*, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 04/12/2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/12/2015. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/265808887/agravo-de-instrumento-ai-70067645796-rs?ref=serp>. Acesso em: 23 set. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula n.º 594. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Tribunal-edita-tr%C3%AAs-novas-s%C3%BAmulas. Acesso em 18 set 2018
CAHALI. Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS. Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe e; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão (Teoria do Garantismo Penal)*, 3 ed. São Paulo: RT, 2012.

MORAES. Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. refor, ver e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

PROCESSO DE ADOÇÃO E A PROBLEMÁTICA ACERCA DOS DANOS CAUSADOS A CRIANÇA DEVOLVIDA

Victor de Almeida Cozendey

Graduado pela Faculdade José de Souza Herdy.
Advogado.

Resumo – O presente trabalho tem o intuito de abordar a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil diante dos casos em que se observa dano a psique da criança e do adolescente que estão em processo de adoção, em atenção a tutela que deve ser protegida face à expectativa legítima que vem a ser criada, assim como também tem o intuito de trabalhar a necessidade de positivação de regra expressa e direta, definidora da responsabilização dos pais a fim de amparar as decisões judiciais a serem tomadas. Por fim, no capítulo final é trabalhado a configuração da responsabilidade civil dos pais quando da desistência da medida adotiva em estágio de convivência e a formação do dano moral, concluindo pela possibilidade de amparo as crianças que estão em vias de serem adotadas. Portanto, a essência do trabalho está em definir a expectativa gerada na criança e no adolescente e, a partir daí construir toda uma base delimitadora de responsabilidade que deve ser imputada aos pais frente aos danos gerados em processo de adoção.

Palavras-chave – Direito de família. Adoção. Família. Danos decorrentes do processo adotivo.

Sumário – Introdução. 1. Da necessidade de se tutelar a expectativa legítima criada em processos de adoção diante da eventual constituição de um núcleo familiar. 2. Importância quanto a criação e positivação de regra atinente a responsabilidade dos adotantes como verdadeiro amparos nas decisões judiciais. 3. Da configuração da responsabilidade civil dos pais quando da desistência da medida adotiva em estágio de convivência e a formação do dano moral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como enfoque demonstrar a necessidade de se tutelar a responsabilidade dos pais em processos adotivos em face da problemática criada acerca dos danos causados a crianças e ao adolescente quando em situações de desistência dos adotantes em prosseguir com a adoção. Procura-se demonstrar que a falta de sensibilidade dos candidatos em processo de adoção pode acarretar danos à esfera psíquica ao adotando, motivo pelo qual revela-se vital a análise de tais consequências e a possibilidade de se tutelar a expectativa que é criada frente ao infante-juvenil.



Em decorrência da situação combatida, adota-se posições com o auxílio oriundo da doutrina e da jurisprudência cujo norte paira na observância direta de uma forte carga principiológica que visa a servir de amparo ao jurisdicionado quando da resolução dos conflitos.

Com a evolução do direito civil e o conseqüente deslocamento da figura da criança que deixara de se apresentar como mero objeto de direito pertencente ao domínio do *pater familiae* passando atualmente a ser entendida como sujeito de direitos e obrigações, discute-se em processos adotivos a plausibilidade de se tutelar via indenização, uma vez identificado danos que são frutos de uma relação avançada em processo adotivo, a reparação da criança e do adolescente que teve sua expectativa frustrada em constituir um núcleo familiar.

Muito embora a doutrina civilista com o apoio da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente traga esta possibilidade indenizatória sob o manto da proteção integral do menor, certo é que não há uma regra positivada nos supracitados diplomas ficando a cargo do magistrado o esforço hermenêutico, calcando suas decisões em construções cuja finalidade está em frear condutas contraditórias e dissimuladas, ou seja, reprimindo abusos do direito. Ademais, registra-se que a possibilidade ressarcitória passa pelo crivo do judiciário e a sua natural interferência nas relações de família, o que torna o tema ainda mais delicado.

Com o objetivo de auxiliar melhor o tema, busca-se apresentar no primeiro capítulo a necessidade de se tutelar a expectativa legítima criada na criança diante de eventual constituição de um núcleo familiar, trabalhando com a evolução do direito civil e o novo conceito de família que passa a ser guiado pelas novas premissas que deverão ser lidas em conformidade com a Constituição Federal.

Aliado a esse primeiro enfoque, no capítulo dois busca-se também a análise a partir da necessidade de se construir normativamente uma regra fechada e que verse diretamente a respeito da responsabilidade dos pais em casos de desistência em processos de adoção, não deixando ao alvedrio do magistrado o esforço normativo na defesa do infante-juvenil.

Por fim, o terceiro capítulo tem como objetivo definir a responsabilidade dos envolvidos em avançado estágio adotivo e a formação do dano moral.

A pesquisa em questão tem como base o método-hipotético dedutivo, salientando que o pesquisador tem como finalidade precípua o desenvolvimento de premissas hipotéticas as quais entende ser adequadas para análise do objeto de pesquisa, portanto, razoáveis e passíveis de serem comprovadas ou rejeitadas argumentativamente.

Portanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de bibliografia pertinente a seara trabalhada, com o apoio da doutrina e jurisprudência a fim de comprovar sua tese.

1. DA NECESSIDADE DE SE TUTELAR A EXPECTATIVA LEGÍTIMA CRIADA EM PROCESSOS DE ADOÇÃO DIANTE DA EVENTUAL CONSTITUIÇÃO DE UM NÚCLEO FAMILIA

Com a evolução do código civil consubstanciado pela sistemática oriunda do advento do Código Civil de 2002 houve a necessidade de se realizar uma releitura sobre a nova lei civilista, calcada modernamente em premissas que iram permear a nova sistemática e que são contempladas pela Constituição Federal de 1988, sendo representadas por princípios observados por meio da ética, operabilidade e socialidade.

Originariamente o código civil de Bevilacqua fora editado sob as mesmas bases e premissas do código napoleônico, permeando-se por um ideário eminentemente patrimonial e que se organizava em três balizas fundantes: a família, a propriedade privada e os negócios firmados entre as partes como fins em si mesmos¹.

Com a saída da mentalidade patrimonialista e a entrada de uma nova concepção principiológica a luz da Constituição Federal de 1988, os institutos reservados aos negócios jurídicos, propriedade e família ganham uma nova dimensão, na qual a proteção da expectativa criada merece total atenção.

Sobre a família, afirma a doutrina de Tepedino² que:

verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalista à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

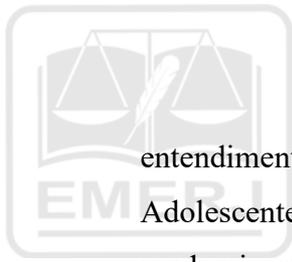
A família ganha novos ares, passando a ser encarada em sua concepção eudemonista, ou seja, passa a ser tratada como um instrumento cujo objetivo vai ao encontro da dignidade da pessoa humana.

Contextualizando toda evolução traçada a temática adotiva, é necessário compreender o que seria o estágio de convivência e a sua natureza a fim de se constatar a expectativa criada no menor que está em compasso de espera ante a constituição eventual de uma família.

É sabido que a adoção é um processo judicial que tem como finalidade a inserção de uma criança em um núcleo familiar, ou seja, em uma família substituta. Paralelo a este

¹ REZENDE, Guilherme Carneiro de. *A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção*. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1797.html>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.397.



entendimento, a Lei nº13.509, de 22 de novembro de 2017, altera o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) em muitos tópicos referentes à adoção, tendo como finalidade a modernização e o avanço do referido instituto, principalmente em espaço destinado ao estágio de convivência³.

O que seria, em síntese, o estágio de convivência? É o período minimamente razoável de adaptação do adotando ao seu novo lar, visando o estreitamento de laços afetivos com o apoio e a vigilância do poder judiciário aliado a análise de uma equipe interprofissional que decidirá ou não pela adoção da criança.

Seguindo a regra geral inerente ao dever de indenizar, regulado a partir do art.927 do Código Civil, é dito que aquele que pratica dano a outrem fica obrigado a repará-lo. No entanto, em consonância com os deveres anexos reservados as partes, e que deverá ser conjugado com suas ações, é defeso, de forma ampla, o dever de reparar, que poderá se dar em decorrência do abuso do direito; logo, dado o período de convivência além de problemas pessoais que envolvam o menor e que vem a ser devolvido a posteriori, sustenta-se a expectativa legítima originada nestes casos.

Ademais, uma vez entendido o conceito de adoção, sua finalidade e importância, bem como deferido em eventual sentença judicial a constituição definitiva de adoção, há patente violação a princípios constitucionais assim como a expectativa gerada na pessoa do adotando. Devoluções imotivadas em períodos de convivência frustram por completo a boa-fé que nasce para o menor, fazendo-o crer que finalmente constituiu uma família.

A expectativa do menor que vem a ser lesado por condutas arbitrárias de candidatos em processos adotivos não fica reservada apenas a eventual possibilidade de se constituir uma família, situações que envolvem o regresso à instituição de acolhimento, bem como a própria confusão de identidade em caso de mudança de prenome são realidades que estão abarcadas na confiança frustrada⁴.

Percebe-se que a confiança que nasce entre adotando e adotantes possuem reflexos variados, que poderá desembocar em uma situação de fato e valor. Compreende-se no campo do valor que a confiança passa a ser um dos pilares centrais de todo direito, haja vista que só

³ OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. *Estágio de convivência na adoção*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270389,61044-Estagio+de+convivencia+na+adocao>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁴ O artigo 47, §5º do ECA, prevê a possibilidade do juiz, em sentença, determinar a modificação do prenome do adotando. Ademais, há casos em que o judiciário, por vezes, se vê em situações na qual a única saída é o regresso do adotando, vez que tal decisão levada em conta a dignidade e proteção do menor que necessita ser tutelada, conforme orientação e determinação em processos que envolvam o menor como figura central.



existe tal possibilidade desde que esteja alinhada a convivência social se o valor estiver presente entre as partes⁵.

Portanto, em atenção ao viés fático-valorativo é de suma importância a tutela efetiva por parte do poder judiciário a fim de se evitar um processo de adoção irresponsável, seja por conta dos danos psicológicos causados ou até mesmo dado todo o aparato judicial que fora movimentado frente a um processo desgastante e extremamente sensível que restara frustrado.

A tutela por parte do judiciário já pode ser constatada por meio de decisões que se alinham ao abrigo conferido aos direitos do menor, conforme se segue:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM BENEFÍCIO DE CRIANÇA, QUE FOI ENTREGUE POR SUA MÃE ADOTIVA AOS CUIDADOS DO ESTADO. ABANDONO. DANO MORAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ. No caso em tela, é fato incontroverso que a ré, mãe adotiva da menor L. C., solicitou o acolhimento da mesma em março de 2010, entregando-a aos cuidados do Estado. A detida análise dos autos, especialmente dos documentos e dos depoimentos das testemunhas, indica que, apesar de apresentar problemas financeiros e de saúde, o fator preponderante, para que a ré solicitasse o acolhimento da filha, foi sua dificuldade em relação ao comportamento da criança, o que não justifica o abandono⁶.

Muito embora não se tenha positivado de forma expressa a responsabilidade civil dos pais em processo adotivo, é possível uma construção principiológica a fim de se conferir e resguardar direitos eminentemente preciosos ao infante-juvenil.

2. IMPORTÂNCIA QUANTO A CRIAÇÃO E POSITIVAÇÃO DE REGRA ATINENTE A RESPONSABILIDADE DOS ADOTANTES COMO VERDADEIRO AMPARO NAS DECISÕES JUDICIAIS

O texto normativo tem a sua origem por meio de um processo de positivação, segundo o qual os responsáveis pela criação e elaboração das leis formularam situações cuja finalidade pauta-se na delimitação e na amplitude decisória, impactando diretamente as pessoas envolvidas, tendo em vista que o parâmetro a ser seguido terá como objetivo precípuo a

⁵ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *A frustração da confiança e da legítima expectativa como fonte da responsabilidade civil*. Disponível em: <<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/519789934/a-frustracao-da-confianca-e-da-legitima-expectativa-como-fonte-da-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 17 de abr de 2018.

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo em Recurso Especial nº 431.311, 4ª Turma*, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/133720867/agravo-emrecurso-especial-n-431311-rj-do-stj>>. Acesso em: 17 abr. 2018.



estabilização diante da expectativa criada aliada as consequências de determinada conduta praticada⁷.

A positivação como fenômeno vital para o campo do direito de família revela-se de suma importância, uma vez que cria uma ponte atrelada a necessidade de compreensão de questão eminentemente sensíveis face as relações trabalhadas pelo homem e que encontram reflexos no meio jurídico. Importa frisar que o direito enquanto ciência jurídica é responsável direto no enfrentamento de tais questões, motivo pelo qual o reforço observado pela regra expressa e clara da lei abarca decisões mais centradas e voltadas aos direitos em discussão, não permitindo assim decisões judiciais cujo cunho venha ser meramente interpretativo⁸.

Atento a importância quanto a previsão normativa, assevera a doutrina de Ferraz Junior⁹ no qual compreende que a ciência do direito não se ocupa em descobrir as verdades, mas em decidir-se sobre as possibilidades do direito, ou seja, eventual refutação não cancela a verdade em um enunciado científico, tendo em vista que a sua validade se dá na relevante prática diária.

Em que pese toda a carga doutrinária e filosófica traçada, no que diz respeito ao processo de positivação das leis no ordenamento jurídico em relação ao campo da adoção e do amparo ao público infante-juvenil, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰ como o Código Civil de 2002¹¹ e a lei de adoção¹², nunca legislou sobre eventual necessidade de positivação quanto a reparações de cunho moral e indenizatório de crianças e adolescentes que ficaram à mercê durante ou após o período de estágio de convivência com seus possíveis pais, vindo mais tarde a terem suas expectativas frustradas por conta de eventuais desistências dos adotantes¹³.

⁷ JUNIOR, Orlando Luis Zanom. *Produção jurídica: positivação e aplicação*. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13179&revista_caderno=15>. Acesso em: 08 de set de 2018.

⁸ SILVA, Camila Barroso. *O fenômeno da positivação na construção da ciência do direito*. Disponível em: <<http://camillebarroso.jusbrasil.com.br/artigos/322827487/o-fenomeno-da-positivacao-na-construcao-da-ciencia-do-direito>>. Acesso em: 08 de set de 2018.

⁹ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *O campo teórico da ciência do direito*. In: A Ciência do Direito. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 40-49.

¹⁰ 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: 08 set.2018.

¹¹ 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: 08 set. 2018.

¹² BRASIL. *Lei nº 12.010*, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em 08 set. 2018.

¹³ TRETIN, Fernanda e; KUMMER, Louise Caroline. *Devolução da criança em processo de adoção durante o estágio de convivência. Possibilidade de reparação pelos danos causados à criança ou adolescente*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/61018/devolucao-da-crianca-em-processo-de-adoacao-durante-o-estagio-de-convivencia>>. Acesso em: 08 set. 2018.



Registra-se no tocante a sensibilidade que envolve a matéria em discussão, assim como em observância ao vácuo legislativo, o Anteprojeto de Lei nº394/207 apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direitos da Família, protocolado em 18 de outubro de 2017, de autoria do senador Randolfe Rodrigues¹⁴, que dispõe sobre o instituto da adoção no qual prevê em seus dispositivos de forma expressa a possibilidade de se imputar responsabilidade aos adotantes, conforme verificado na subseção II, artigo 102, parágrafo único¹⁵:

Subseção II

Habilitação dos pretendentes à adoção

Art. 102. Após três recusas injustificadas de crianças ou adolescentes, indicados dentro do perfil escolhido, haverá reavaliação da habilitação concedida.

Parágrafo único. A devolução da criança ou do adolescente, depois do trânsito em julgado da sentença de adoção, poderá importar na exclusão do Cadastro Nacional de Adoção e vedação de renovação da habilitação

Conforme pode ser observado pelo citado projeto de lei, a legislação apenas aponta um caminho a ser seguindo, tipificando de forma expressa a conduta que vai na contramão do que se espera em um processo adotivo; situação que se agrava ainda mais quando configurada após sentença transitada em julgado. Logo, com a definição de parâmetros a serem observados e traçados pela lei, dada a mencionada atenção que deverá ter o julgador, estaria ainda mais restrito – trazendo maior segurança – julgamentos mais fechados na busca pela reparação da criança e do adolescente, afastando-se da antiga construção decisória baseada na conjugação de princípios.

Ademais, a ideia que se quer propagar por meio do mencionado projeto de lei sustenta-se na educação dos adotantes quanto a possíveis males que poderão acarretar diante da movimentação da máquina estatal além dos prováveis efeitos que acarretaram para pessoa do adotando, uma vez já configurado o ambiente familiar, sendo, portanto, necessário frear abusos decisórios com a criação de leis que versem expressamente sobre tais condutas.

Por fim, muito embora se constate o vácuo legislativo existente e a necessidade de se conferir maior proteção frente a liberdade que a atual legislação confere aos pais, conclui-se por meio de análises jurisprudenciais que os responsáveis poderão responder, segundo a atual compreensão da legislação em vigor, por abuso do direito, ou seja, por meio de construção doutrinária e de uma forte carga principiológica e histórica a partir da qual se evoluiu a tutela do menor não mais encarando-o como objeto de direito, mas sim como sujeito de direitos e

¹⁴ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº394/17*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7235975&disposition=inline>> . Acesso em: 08 set. 2018.

¹⁵ O art.102 do anteprojeto de Lei nº394/17 idealizado pelo Instituto Brasileiro de Direitos da Família e protocolado no Senado Federal, visa a eliminação dos entraves burocráticos que permeiam o processo adotivo além de prevê a possibilidade de responsabilização dos adotantes, conforme disposição expressa.



obrigações, sendo, portanto, imperioso a positivação e criação normativa a fim de reforçar tal entendimento e apoiar o magistrado quando do enfrentamento dos casos.

3. DA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS QUANDO DA DESISTÊNCIA DA MEDIDA ADOTIVA EM ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA E A FORMAÇÃO DO DANO MORAL

Ainda que se reconheça a fragilidade da criança e do adolescente e a necessidade de se tutelar cada vez mais direitos que a ampare e que vão ao encontro da relação de seu regular desenvolvimento, de certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente destaca um marco procedimental cujo qual a expectativa criada cresce ainda mais, qual seja: o estágio de convivência¹⁶.

Regulamenta o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁷ sobre o período de convivência em seus arts.39 ao 52, com ênfase específica ao art.46, no qual destaca de forma detalhada o procedimento em questão:

Artigo 46 - A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º - O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo. § 2º - Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade.

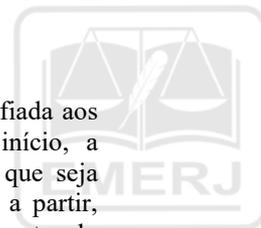
Em clara antecedência à adoção, se depreende que o período de convivência com a criança está alicerçado em princípios basilares e que são norte fundamental quando da tomada de decisões judiciais, tendo como exemplos os princípios do melhor interesse da criança, dignidade da pessoa humana, proteção integral, prioridade absoluta e entre outros.

Conceitua-se tal período, segundo a doutrina de Murilo José Digiácomo e Ideara de Amorim Digiácomo¹⁸ como:

¹⁶ O ECA em seu art.46 procura positivar de forma expressa detalhando o estágio de convivência e a importância na seara infanto-juvenil, assim como a sua precedência ao instituto ante as possibilidades restritas de dispensas atrelada a sua idade e ao tempo de conveniência da constituição do vínculo.

¹⁷ 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: 26 set.2018.

¹⁸ DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado* – 2ª edição. São Paulo: FTD, 2011. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/Dhall.asp?id_dh=13686>. Acesso em: 26 set. 2018.



estágio de convivência é o período no qual a criança ou adolescente é confiada aos cuidados da(s) pessoa(s) interessada(s) em sua adoção (embora, no início, a aproximação entre os mesmos possa ocorrer de forma gradativa), para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo paterno filial a partir, inclusive, da análise do relacionamento entre o adotando e os demais integrantes do núcleo familiar, com os quais este irá conviver. Por força do contido no caput do dispositivo, a realização do estágio de convivência será a regra (mesmo em relação a crianças recém-nascidas), como forma de aferir a adaptação da criança ou adolescente à família substituta e a constituição de uma relação de afinidade e afetividade entre os mesmos, que autorize o deferimento da adoção.

Ora, pelo conceito trabalhado pela doutrina, bem como pelo sentimento que passa a nascer com a natural convivência, deve-se levar em consideração também que a adoção possui caráter irrevogável, o que de certa forma reforça ainda mais o peso e o cuidado com as relações aqui traçadas e delineadas.

Casos de abandono por si só, já revelam diversos danos psicológicos para o adotante, motivo pelo qual é defesa por meio do instituto da reparação civil a imputação de responsabilidade por danos causados em casos por vezes prolongados ou em vias de se definirem, tanto para a pessoa do adotante como para o próprio adotando.

Paralela leitura que se extrai dos dispositivos de lei e que versam a respeito da matéria, quais sejam: arts. 186, 187 e 927, todos do Código Civil¹⁹, confere-se guarida a fim de se defender a tese inerente a responsabilidade civil dos adotantes, bem como positivam de forma paralela uma construção definidora da responsabilidade. Senão vejamos:

Art. 186, do CC. —Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187, do CC. —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.

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

Conforme verificado pela própria análise dos artigos supramencionados, observa-se que os elementares constituintes da responsabilidade são perfeitamente encaixados quando do estudo temático, ou seja, o dano resultante da omissão, negligência ou imprudência dos adotantes ou a própria figura do abuso do direito aliado à expectativa que ficara frustrada, fazem jus a eventual pedido ressarcitório²⁰.

¹⁹ BRASIL. *Lei n° 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

²⁰ CORREA, Deborah De Assis. Trabalho de Conclusão de Curso. *Direito à Convivência Familiar e Cabimento da Responsabilidade Civil no Abandono Após a Adoção*. 2016. Niterói. 40 f. – Faculdade de Direito. Universidade Federal Fluminense. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4261/1/Direito%20à%20convivência%20familiar%202016.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2018.



Salienta-se que para o Estatuto da Criança e do Adolescente a adoção possui efeitos ilimitados após a sentença que conceda definitivamente aos responsáveis a guarda do menor, ou seja, a pessoa adotada passa a ser filho de quem a adotou. Mormente a pessoa adotada passa a ter os mesmos direitos consubstanciados pelo art.227²¹ da CFRB/88, que assim prevê:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

No tocante a garantias de direitos, portanto, não há dúvidas de que o adotando é sujeito principal quando o assunto paira sobre a finalidade de se conceder a adoção com a consequente chance de se constituir o tão sonhado núcleo familiar. Logo, a responsabilidade civil defendida funcionaria como mecanismo de coibição e verdadeiro estandarte de prevenção ao prever reparos ao dano sofrido e, que tenha de certa forma, levado a diminuição do bem da vítima²².

Sobre o assunto já se posicionou o Tribunal de Santa Catarina²³ a respeito:

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - REJEIÇÃO - SEGREGAÇÃO - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II. QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

Superada a responsabilidade, necessário é o enfrentamento do elemento dano como consequência natural da responsabilidade.

É sabido que o dano moral não mais é tido como meros abalos ou danos a psique, mas sim danos que decorrem de lesões aos direitos da personalidade.

²¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

²² PIRES, Paula Ana. *Responsabilidade civil de casais heterossexuais pela devolução de crianças e adolescentes em estágio de convivência no processo de adoção*. Disponível em: <<https://anapaulapires9.jusbrasil.com.br/artigos/349590916/responsabilidade-civil-de-casais-heterossexuais-pela-devolucao-de-criancas-e-adolescentes-estagio-de-convivencia-no-processo-de-adocao>>. Acesso em: 26 set. 2018.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Civil Pública nº 10702095678497002*. Relator: Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Diário Oficial de Justiça. Brasília. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112072/apelacao-civel-ac-10702095678497002-mg/inteiro-teor-121112123>>. Acesso em: 26 set. 2018.



Um dos direitos da personalidade que se revela passível de tutela é o direito à vida privada da criança e do jovem, sendo esta inviolável, devendo o juiz adotar medidas cabíveis e necessárias a repressão e tutela dos direitos em conflito. Ora, uma vez exposto o menor a todo um processo aliado ao acompanhamento de Conselheiros Tutelares que, de perto, construíram um relatório pertinente e que detalhe o dia-a-dia do adotando, é notório que sua vida privada está sendo colocada em xeque, motivo pelo qual se evidencia cristalino o dano moral existente e a busca pelos devidos ressarcimentos que muito provavelmente se façam presentes²⁴.

CONCLUSÃO

Conclui-se com o apoio da doutrina e com base em julgados que envolvem a temática em questão, que a figura do infante-juvenil é passível de proteção em processos de adoção quando os pais adotivos resolvem simplesmente desistir de prosseguir com o processo já em fase avançada. Tal conclusão é analisada por meio de uma detida observância da evolução histórica do direito de família e da forma pela qual eram encaradas as crianças e os adolescentes que ficara submetida ao pátrio-poder, sendo em um primeiro momento tratadas como objeto de direito e não como sujeitas de direito.

Com a evolução da sociedade e do direito, configurada esta última pela virada de entendimento da doutrina e jurisprudência acerca dos menores, passou-se a entender que não mais seriam encarados como objetos de direito, mas sim como sujeitos de direitos e obrigações. A mudança em questão fora acompanhada por meio de novas premissas sustentadas pelo CC/02 e que passam a nortear o texto civilista, quais sejam: operabilidade, eticidade e socialidade.

Em que pese a nova roupagem normativa e o consequente ganho com a evolução do Código Civil, não se tem expresso em nossa legislação pátria regra diretriz de responsabilidade dos pais em processos de adoção, sendo certo mais uma vez que através de construções doutrinárias ligadas à área da responsabilidade civil e por meio do apoio em costura de entendimentos ligados a diplomas esparsos, mas que se dialogam paralelamente com a matéria em análise, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, é possível se imputar aos pais responsabilidade direta pela devolução de adolescentes e crianças que já se encontram em estágio de convivência.

Ademais, como ponto relevante e detalhado no presente artigo, para o vácuo legislativo, ou seja, justamente discute-se a necessidade de positivação expressa acerca de uma regra definidora de responsabilidade, tendo em vista que a referida construção doutrinária

²⁴ ARAÚJO, Anne de Fátima Pedrosa; RODRIGUES, Natália Bernadeth Fernandes. *Direitos da personalidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 26 set. 2018.



observada em julgados que buscam definir a situação do menor, acabara por vezes de deixar a cargo da compreensão do magistrado solução pela melhor resposta a ser proferida. Dado o motivo exposto e à luz da segurança jurídica e da teoria do melhor interesse do menor, compreende-se que mais razoável seria o abrigo expresso da lei ao definir o atuar dos pais em casos de adoção e, a partir daí suas eventuais consequências quando de eventual abuso do direito.

Importante salientar em atenção ao ponto ora levantado, que o Instituto Brasileiro de Direito de Família apresentou anteprojeto de Lei nº394/97, buscando definir expressamente a responsabilidade em processos de adoção, situação que reforça a importância de se ter previsão normativa atrelada a natureza processual e em observância a sensibilidade da causa que norteia as partes.

O estágio de convivência é definido como marco que faz nascer a expectativa legítima criada na criança e no adolescente e que conseqüentemente deve ser tutelada, pois faz nascer clara expectativa de constituição de um possível núcleo familiar, uma vez que vem a ser entendido tal período como fase de duração razoável atinente a adaptação do adotando ao seu novo e possível lar, tendo como finalidade o estreitamento de laços afetivos com o apoio e a vigilância do poder judiciário aliado a análise de uma equipe interprofissional que decidirá ou não pela adoção da criança.

Uma vez avançado o processo adotivo em que já se encontra o adotando e adotante em convivência familiar, faz gerar tamanho avanço processual expectativa de constituição familiar ainda mais firme e sensível, e que não pode ficar à mercê de caprichos pertinentes a desistência dos responsáveis diretos nem de eventuais decisões judiciais que podem ser tomadas de forma completamente desconexa ao caso, deixando o menor sem qualquer proteção. Portanto, sustenta-se que o marco definidor de responsabilidade direta e objetiva é o estágio de convivência, levando-se em conta o período processual e a intenção até então dos responsáveis durante todo o processo em prosseguir com a adoção, não podendo neste instante retroagir sob justificativas individuais, o que configurar-se-ia verdadeiro abuso do direito.

Outra discussão que vem à tona é a configuração de danos a psique do infante-juvenil e que também são provenientes da desistência dos adotantes. É estabelecido que o dano moral não mais é elucidado pelo antigo entendimento apegado a dor ou abalo emocional, partindo para além disso, ou seja, sofre dano moral aquele que é abalado em seus direitos da personalidade.

Ora, em uma eventual desistência dos responsáveis é defeso o frontal ataque a personalidade da criança e do adolescente no que diz respeito a sua honra, portanto, é possível



dizer que a defesa do menor se desdobra por meio de fatores causais a desistência, quais sejam: dano moral e a frustração de legítima expectativa.

Por todo exposto, sem a pretensão de esgotar toda a temática que se revela de suma importância em casos que derivam da seara atinente a responsabilidade civil, procurou-se demonstrar seja por meio de construções doutrinárias aliado a decisões judiciais, a importância de se tutelar direitos dos menores envolvidos em processos de adoção e que são vítimas do descaso caracterizado pelo descompromisso dos adotantes quando da devolução da criança que por vezes já se encontra em fase de convivência familiar. Conclui-se, em síntese, pela necessidade de positividade expressa referente a responsabilização dos adotantes, aliada a observância da regra constitucional da tutela da efetividade por parte do Estado na proteção do menor tendo sua previsão no art.227 da CRFB/88.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Anne de Fátima Pedrosa; RODRIGUES, Natália Bernadeth Fernandes. *Direitos da personalidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 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: 26 set.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: 08 set. 2018.

_____. *Lei nº 12.010*, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em 08 set. 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº394/17*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7235975&disposition=inline>>. Acesso em: 08 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Civil Pública nº 10702095678497002*. Relator: Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Diário Oficial de Justiça. Brasília. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112072/apelacao-civil-ac-10702095678497002-mg/inteiro-teor-121112123>>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo em Recurso Especial nº 431.311, 4ª Turma*, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Disponível em:



<<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/133720867/agravo-emrecurso-especial-n-431311-rj-do-stj>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CORREA, Deborah De Assis. Trabalho de Conclusão de Curso. *Direito à Convivência Familiar e Cabimento da Responsabilidade Civil no Abandono Após a Adoção*. 2016. Niterói. 40 f. – Faculdade de Direito. Universidade Federal Fluminense. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4261/1/Direito%20à%20convivência%20familiar%202016.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2018.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado* – 2ª edição. São Paulo: FTD, 2011. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13686>. Acesso em: 26 set. 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O Campo Teórico da Ciência do Direito*. In. A Ciência do Direito. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 40-49.

PIRES, Paula Ana. *Responsabilidade civil de casais heterossexuais pela devolução de crianças e adolescentes em estágio de convivência no processo de adoção*. Disponível em: <<https://anapaulapires9.jusbrasil.com.br/artigos/349590916/responsabilidade-civil-de-casais-heterossexuais-pela-devolucao-de-criancas-e-adolescentes-em-estagio-de-convivencia-no-processo-de-adocao>>. Acesso em: 26 set. 2018.

QUINTINO JÚNIOR, Eudes de Oliveira. *Estágio de convivência na adoção*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270389,61044-Estagio+de+convivencia+na+adocao>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

SILVA, Camila Barroso. *O fenômeno da positivação na construção da ciência do direito*. Disponível em: <<http://camillebarroso.jusbrasil.com.br/artigos/322827487/o-fenomeno-da-positivacao-na-construcao-da-ciencia-do-direito>>. Acesso em: 08 de set de 2018.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.397.

TRETIN, Fernanda e; KUMMER, Louise Caroline. *Devolução da criança em processo de adoção durante o estágio de convivência*. Possibilidade de reparação pelos danos causados à criança ou adolescente. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/61018/devolucao-da-crianca-em-processo-de-adocao-durante-o-estagio-de-convivencia>>. Acesso em: 08 set. 2018.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. *A frustração da confiança e da legítima expectativa como fonte da responsabilidade civil*. Disponível em: <<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/519789934/a-frustracao-da-confianca-e-da-legitima-expectativa-como-fonte-da-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 17 abr de 2018.

ZANOM JUNIOR, Orlando Luis. *Produção jurídica: positivação e aplicação*. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13179&revista_caderno=15>. Acesso em: 08 de set de 2018.

A APLICABILIDADE DA DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Vinicius Pires Vaz de Azevedo

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida

Resumo – O atual cenário do sistema penitenciário brasileiro revela constantes violações aos direitos fundamentais dos apenados e a incapacidade do Administração Pública em gerir de maneira satisfatória a administração penitenciária. Neste sentido, a transferência de tal atividade para particulares surge como possibilidade de maior eficácia na gestão penitenciária, uma vez que, em tese, particulares possuem maiores recursos materiais e humanos. Porém, transferir tal atividade a particulares implica em delegar o exercício do poder de polícia, o qual é de titularidade exclusiva do Estado. A possibilidade de tal delegação encontra divergência doutrinária, encontrando-se quatro posicionamentos distintos sobre o tema. Academicamente, é possível que se delegue as fases do poder de polícia que não comportem poderes decisórios, desde que haja Lei que determine com precisão a área de atuação do particular.

Palavras-chave - Direito Administrativo. Sistema penitenciário. Delegação do poder de polícia.

Sumário – Introdução. 1. A execução penal como atividade administrativa caracterizada pelo emprego do poder de polícia do qual o estado é o titular exclusivo. 2. A estrutura do poder de polícia e sua interação com a atividade de custódia e ressocialização dos apenados. 3. A delegação negocial da execução e aplicabilidade quanto ao sistema penitenciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por escopo verificar na doutrina do direito administrativo brasileiro se é possível delegar o poder de polícia administrativa à particulares da iniciativa privada e assim permitir que a administração privada sirva como mecanismo alternativo para a administração penitenciária, tendo em vista as dificuldades encontradas pelo poder público em gerir satisfatoriamente tal serviço de custódia.

Atualmente, os Estados Federados Brasileiros atravessam grave crise financeira e, como consequência, o sistema penitenciário também sente o impacto da falta de investimento, notadamente na ausência melhoria nas instalações e contratação de servidores. Tal situação pode fazer com que a administração carcerária se torne cada vez mais ineficaz em relação a sua finalidade, qual seja, a custódia e ressocialização dos apenados.



O cenário de violação aos direitos humanos dos apenados somado às rebeliões e motins que assolam os sistemas carcerários estaduais corrobora com a assertiva de que a administração pública não tem sido capaz de gerenciar satisfatoriamente a administração penitenciária e mecanismos alternativos devem ser buscados.

Diante de tal circunstância, a sociedade passa a discutir a terceirização do sistema penitenciário, o que implica, ao menos em parte, na delegação negocial do Poder de Polícia para que particulares sejam responsáveis pelo desenvolvimento da atividade de custódia daqueles que são recolhidos à prisão.

A controvérsia trazida no presente trabalho se encontra na discussão sobre a possibilidade de delegação negocial do Poder de Polícia para que o setor privado seja o responsável pelos presídios estaduais como um mecanismo alternativo de administração, tendo em vista que o Poder de Polícia é entendido como um poder conferido exclusivamente à administração pública.

Neste se sentido, o trabalho enfoca analisar a estrutura do Poder de Polícia administrativa e verificar se há a possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro de que particulares realizem a atividade de custódia e ressocialização dos apenados, uma vez que sendo o Estado o titular do Poder de Polícia, este deveria exercer com exclusividade ou poderia delegar parte deste poder no caso de atividade essencialmente estatal.

Para tanto, no primeiro capítulo será indicada qual é a relação entre o exercício do Poder de Polícia e o desenvolvimento da atividade de custódia de presos, demonstrando como o Estado, ao realizar essa atividade administrativa de custódia, interfere diretamente em direitos fundamentais garantidos, o que só é possível sem violar a isonomia entre administrados em razão do exercício da polícia administrativa.

No segundo capítulo será exposto e discutidas as bases em que se estrutura o Poder de Polícia administrativa e será demonstrado em que ponto o desenvolvimento de custódia de pessoas se encaixa em tal estrutura, sendo revelada as fases ou ciclos de polícia.

Por fim, no terceiro capítulo, definido que a atividade de administração penitenciária é atividade essencialmente estatal e que o poder de polícia é proeminente no desenvolvimento de tal atividade, será estabelecido se, doutrinariamente, é possível que particulares sejam responsáveis pela custódia de pessoas.

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.



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. A EXECUÇÃO PENAL COMO ATIVIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADA PELO EMPREGO DO PODER DE POLÍCIA DO QUAL O ESTADO É O TITULAR EXCLUSIVO

O direito à Liberdade em sentido amplo é apontado pela doutrina jurídica como um direito fundamental de primeira dimensão e ocupa o topo da escala de direitos constitucionalmente protegidos, conforme se verifica no *caput* Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹.

A liberdade de locomoção, como um desdobramento natural do direito à liberdade, em regra, só poderá sofrer restrição quando a pessoa é presa em flagrante em decorrência da prática de infração penal ou no caso de contra ela existir uma ordem judicial fundamentada, seja de forma cautelar para a garantia do desenvolvimento da persecução criminal ou em razão de cumprimento definitivo da sentença condenatória.

Dessa forma, após a liberdade do indivíduo sofrer restrição em virtude de decisão judicial fundamentada, inicia-se a execução penal, a qual é caracterizada como uma atividade estatal complexa², uma vez que na fase de execução há atuação jurisdicional por meio do juízo da execução e atuação do Poder Executivo, o qual é responsável pela administração das casas de custódia e penitenciárias.

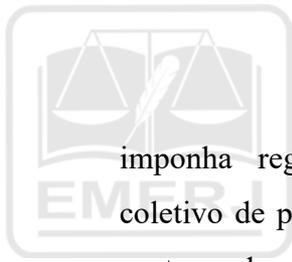
Nesta esteira, o direito fundamental em tela passa a estar sob o controle, fiscalização e limitação tanto do Poder Judiciário como do Poder Executivo, pois passa a sofrer interferência direta das atividades Jurisdicionais quando o Juízo da execução impõe comandos pertinentes a execução da pena, e Administrativas quando o apenado se sujeita as regras de custódia e vigilância exercida das penitenciárias administradas pelo Estado³.

O regular exercício da administração penitenciária, por sua vez, exige que invariavelmente se adentre a direitos individuais do apenados, pois é necessário que se

¹BRASIL. *Constituição da República do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.> Acesso em 10 out. 2018.

²NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 157.

³ *Ibid.*



imponha regras de vigilância e disciplina, bem como se garanta a incolumidade física do coletivo de presos, tendo em vista que em uma unidade prisional encontram-se custodiados centenas de apenados e é preciso que este convívio seja regulado.

A imposição de que o estado regule e administre as unidades prisionais pode ser extraída de dispositivos legais tanto da atual Constituição Brasileira quando, por exemplo, no Artigo 5º XLIX⁴ que garante aos apenados a integridade física e moral. Infraconstitucionalmente, o Artigo 40 da Lei de Execuções Penais⁵ e o Artigo 38 do Código Penal⁶, impõem às autoridades, incluídas as administrativas, que garantam os direitos fundamentais dos apenados.

Deve ser estabelecido que o Estado, ao desenvolver o serviço de custódia e vigilância, tem por finalidade precípua a ressocialização dos apenados, e, assim, essa atividade administrativa é classificada como exógena⁷, uma vez que a reinserção do preso na sociedade se trata de anseio social, tendo por base a função preventiva geral da pena por intimidação que tem por objetivo evitar a reprodução do comportamento criminoso na sociedade⁸.

Portanto, verifica-se que o exercício da atividade penitenciária é essencialmente atividade administrativa pública pois é exercida pelo Estado e busca alcançar os fins colimados pela ordem jurídica por meio de seus agentes⁹ e há sujeição do apenado, administrado, à imposição de regras estabelecidas pela administração pública, hora regulando o exercício de direitos, hora impondo sanções administrativas em razão de cometimento de penalidades.

Em razão de sua própria natureza, a atividade administrativa possui prerrogativas denominadas pela doutrina de “poderes administrativos”, os quais são destinados a possibilitar que a Administração Pública adentre na esfera de interesse individual a fim de seja efetivamente alcançado o interesse público. Tais poderes se tratam em realidade de um poder-dever irrenunciável e se preordena ao atendimento da finalidade pública.¹⁰

Estas prerrogativas ou poderes administrativos possuem as seguintes espécies: Poder normativo ou Regulamentar; Poder de Polícia; Poder Hierárquico; e Poder Disciplinar. Este conjunto de prerrogativas conferido aos agentes administrativos é o que possibilita que o

⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁵ BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 20 out.2018.

⁶ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 20 out. 2018.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 98.

⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 473.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p.4.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.235.



Estado alcance sus fins¹¹, uma vez que justifica o dever de sujeição do particular às ordens emanadas dos órgãos públicos as quais são materializadas no mundo dos fatos por seus agentes públicos.

Dentre os poderes administrativos supramencionados, o que se destaca no desenvolvimento da atividade administrativa penitenciária é o Poder de Polícia, pois é justamente este poder que possibilita que o agente público responsável pela custódia ingresse e interfira diretamente no exercício de um direito individual do apenado, possibilitando, inclusive, a aplicação de sanções quando do cometimento de uma falta disciplinar no âmbito do cárcere.

O Poder de Polícia do Estado é o que faz com que o agente público estatal possa emanar uma ordem a qual, amparada e fundada no Princípio da Legalidade norteador da administração pública, obriga o apenado a cumprir com o dever sem que seja violada a isonomia entre particulares.

O fundamento deste poder encontra-se inserido no fim que é almejado pela administração pública: o Interesse Público. A intervenção do Estado no conteúdo dos direitos fundamentais somente será justificada caso esta seja a finalidade da atuação do Estado¹², sob pena de violação ao próprio Princípio Democrático.

A fim de corroborar com a assertiva de que a administração pública interfere na liberdade, cumpre realizar destacar a leitura do Artigo 53, IV da Lei de Execuções Penais¹³ que permite que o Diretor do presídio, agente público, imponha a penalidade de isolamento ao apenado em cela individual, desde que fundamentada a medida em ato administrativo. É o desenvolvimento regular de uma atividade estatal regulada pela Lei que o impede de cometer o crime de cárcere privado ao restringir o mínimo de liberdade de que dispõe o preso.

Note-se que com isso que mesmo cumprindo pena, o condenado ainda possui o direito fundamental de Liberdade, ainda que em grau mínimo. Ao aplicar esta penalidade, o Diretor da unidade prisional amparado e devidamente fundamentado pelo Princípio da Legalidade, restringe ainda mais esse direito individual sem que seja necessário a presença do Poder Judiciário para a efetivação da medida.

Em sentido amplo, o Poder de Polícia está presente em toda e qualquer atuação do Estado que restrinja e condicione a liberdade e a propriedade com o objetivo de satisfazer as necessidades coletivas. Nesse aspecto, o Poder de Polícia está intrínseco a atividade

¹¹CARVALHO FILHO, op. cit., p.4.

¹² Ibid, p.85.

¹³ BRASIL. op. cit., nota 5.



legislativa que proporciona inovação na ordem jurídica bem como na atividade administrativa, a qual executa os termos da lei¹⁴.

Já em um sentido restrito¹⁵, o poder de polícia constitui o próprio exercício da função administrativa fundada da Lei, restringindo e condicionando o exercício de direitos privados nos casos concretos. Neste aspecto é que se pode atribuir também ao poder de polícia a nomenclatura de polícia administrativa.

Embora criticada por parte da doutrina jurídica em razão de denotar certo tom autoritário, a nomenclatura e o conceito de “poder de polícia” poder ser extraída do texto Constitucional expressamente no Artigo 145, II, e no Artigo 78 do Código Tributário Nacional¹⁶, trazendo inclusive este último o conceito legal do poder de polícia¹⁷.

Ao iniciar a análise da aplicação do Poder de Polícia no sistema penitenciário, torna-se importante diferenciar o poder de polícia como prerrogativa inerente a todo e qualquer desenvolvimento legítimo da atividade administrativa do exercício de polícia judiciária.

Em síntese, a diferenciação entre os dois institutos ocorre fundamentalmente em três aspectos: a polícia administrativa diz respeito à proteção do interesse público em geral, enquanto a polícia judiciária se atém à apuração e repressão de crimes; a polícia administrativa incide, em regra, sobre bens, já a polícia judiciária incide sobre pessoas dos infratores; por fim, a polícia administrativa está presente por toda a administração pública, enquanto a polícia judiciária é atribuída constitucionalmente a determinados órgãos específicos¹⁸.

A tarefa de regular a convivência do efetivo carcerário por meio de atos administrativos, seja ao realizar a função fiscalizatória ou ao aplicar sanções administrativas simples como advertência verbal ou a considerada a mais grave delas, a alocação do preso em isolamento, deve ser fundada em um instrumento que torne legítimo o ato administrativo, e é neste ponto que se vê a materialização do poder de polícia administrativa.

Se somente o Estado por meio de seus agentes pode aplicar restringir e condicionar diretos, chega-se à conclusão de que a atividade de administração penitenciária é uma atividade tipicamente de Estado e a sua delegação importa necessariamente na delegação do poder que possibilita invadir a esfera de direitos pessoais, como ocorre, por exemplo, quando uma agente

¹⁴ OLIVEIRA, op. cit., p.245

¹⁵ Ibid.

¹⁶BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em 23 out. 2018.

¹⁷ OLIVEIRA, op. cit., p.245.

¹⁸ ARAGÃO, op. cit., p. 195.



prisonal emana um ato administrativo nomeado de “parte disciplinar”, o qual pode resultar na suspensão do direito à visitação.

Nesta senda, para verificar se este existe a possibilidade de delegação deste poder à particulares no âmbito do sistema penitenciário, é importante verificar a estrutura de fases que compõe a polícia administrativa e saber em quais delas há somente o Estado poderá exercer de forma exclusiva.

2. A ESTRUTURA DO PODER DE POLÍCIA E SUA INTERAÇÃO COM A ATIVIDADE DE CUSTÓDIA E RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS

Conforme exposto e debatido do capítulo antecedente, verifica-se que o Estado realiza atividade administrativa dotada de suas inerentes prerrogativas, notadamente o Poder de Polícia, quando desenvolve a custódia cautelar ou definitiva dos apenados, uma vez que impõe regras de comportamento aos apenados, fiscaliza seu cumprimento, consente ou não com requerimentos os quais lhe são propostos e aplica sanções quando da ocorrência de falta administrativa.

A doutrina jurídica administrativista brasileira, estratifica o poder de polícia em quatro fases distintas, também nomeadas doutrinariamente como ciclo de polícia. São elas¹⁹: Ordem de Polícia, Consentimento de Polícia, Fiscalização de Polícia, e Sanção de Polícia.

A Ordem de Polícia é caracterizada essencialmente pela possibilidade edição por parte do Poder Público de normas de caráter geral e abstrato, podendo ser Constitucionais, Legislativas, ou Administrativas regulamentadoras da Lei. Como se percebe, é por meio da ordem de polícia que há inovação na ordem jurídica.

Segundo a definição dada pela doutrina, a Ordem de Polícia pode assumir as seguintes vertentes: Proibição absoluta de um comportamento; Proibição de realizar determinada atividade, salvo de consentida pela administração Pública por meio de autorização ou licença; Condição para que determinada atividade seja desenvolvida, ou, por fim, uma Ordem positiva²⁰.

Nesse sentido, a fase da Ordem de Polícia se encontra com a atividade administrativa de custódia de presos quando a própria execução penal é regulamentada por lei específica, a qual determina que, dentre outras obrigações e deveres²¹, o apenado colabore e obedeça às

¹⁹ ARAGÃO, op. cit., p. 200.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. op. cit., nota 5.



ordens emanada pelas autoridades e agentes responsáveis pela a garantia da disciplina no ambiente penitenciário²².

A segunda fase do poder de polícia, Consentimento de Polícia, é marcada pelo controle preventivo realizado pelo Poder Público em relação ao exercício de uma atividade particular²³. Em regra, o consentimento da Administração Pública se materializa por meio de licença, ato administrativo vinculado, ou por meio de autorização, ato administrativo discricionário.

Neta fase, pode-se citar como um exemplo do exercício de consentimento de polícia, a possibilidade do Diretor de uma unidade prisional no Estado do Rio de Janeiro autorizar a visitação extraordinária a um apenado, desde que, além de preenchidos os requisitos, seja conveniente e oportuno para a Administração.

A terceira fase do poder de polícia é a Fiscalização de Polícia. A fiscalização de polícia poder ser preventiva ou repressiva. A fiscalização preventiva é a realizada de ofício, de forma aleatória e em periodicidade determinada pela disciplina normativa, prescindindo de previa notícia de infração à disciplina normativa aplicável ao agente fiscalizado²⁴.

A fiscalização será repressiva quando é deflagrada a partir da constatação de uma infração administrativa já consumada, ou em vias de consumação. Neste momento, caberá a autoridade administrativa emanar ordem a fim de evitar que a infração se perpetre.²⁵

A fase de fiscalização de polícia toca constantemente a administração penitenciária. A todo momento, os agentes prisionais realizam vistorias preventivas nas celas em que se encontram os apenados com o fito de verificar se há algum material ilícito ou administrativamente proibido, como aparelhos celulares ou entorpecentes.

Ocorre ainda o exercício da fiscalização preventiva quando os familiares dos apenados passam por revistas pessoais, ou quando os alimentos e objetos permitidos que levam para os apenados são vistoriados na portaria de entrada dos presídios por agentes prisionais.

A última fase do poder de polícia, as Sanções de Polícia, são as medidas coercitivas aplicadas a quem descumpre a ordem de polícia ou os limites impostos pelo consentimento de polícia²⁶. As sanções de polícia podem assumir as facetas punitivas ou premiais²⁷, ou seja, de um lado aplica punição àqueles que incidem no comportamento não desejado e de outro lado concede incentivos a condutas desejáveis.

²² Ibid.

²³ ARAGÃO, op. cit., p.200.

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo horizonte: Fórum, 2017, p. 98.

²⁵ Ibid.

²⁶ OLIVEIRA, op. cit., p.245.

²⁷ BINENBOJM, op. cit., p. 98.



As sanções premiaias encontram-se expressamente no texto legal que regula a execução penal e são denominadas de recompensas, que se podem ser o elogio ou a concessão de regalias.

Já em relação à faceta punitiva, aos presos podem ser aplicadas as sanções administrativas punitivas classificadas como leves, medias ou graves, e a cada uma delas há uma pena disciplinar correspondente.

A sanção mais grave que está sujeito o apenado é a inclusão no regime disciplinar diferenciado (RDD), no qual o preso tem restringido em grau máximo o seu direito fundamental à liberdade, terá restringido também a sua comunicabilidade, posto que não receberá visitas, bem como irá interagir com o efetivo carcerário, uma vez que estará em isolamento.

Com e exceção da inclusão em regime disciplinar diferenciado, o qual necessita decisão do juízo da Execução, as autoridades administrativas podem aplicar aos presos que atentem contra a disciplina no ambiente prisional as sanções de advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento em própria cela.

Conforme exposto na Lei de Execuções Penais, a Administração Pública poderá suspender direitos sem que haja autorização ou controle judicial prévio. Isto só é possível e legítimo, como já analisado, devido ao poder de polícia, o qual é fundado na supremacia do interesse público que norteia o desenvolvimento da atividade administrativa.

Nessa toada, não se poderia transferir a um particular o poder irrestrito de interferir dos direitos de outros particulares a ponto de suspende-los ou condicioná-los, pois haveria flagrante afronta ao princípio da isonomia, haja vista que a vontade de um particular não pode ser imposta a outro particular sem que haja a atuação do Poder Judiciário, o qual é detentor da jurisdição que, por meio da substitutividade, soluciona a lide.

Porém, como visto e debatido, o Poder de Polícia pode ser estratificado, ou seja, desmembrado em fases.

Sendo assim, após estratificado todas as fases do poder de polícia exercido pelo Estado, será analisado no capítulo seguinte se a doutrina brasileira de Direito Administrativo admite que pelo menos algumas destas fases possa ser delegada de forma negocial a particulares.

3. A DELEGAÇÃO NEGOCIAL DO PODER DE POLÍCIA E SUA APLICABILIDADE NO AMBITO DO SISTEMA PRISIONAL

Conforme debatido nos capítulos anteriores, a atividade administrativa de custódia e ressocialização de apenados depende do emprego do poder de polícia administrativa, o qual,



conforme analisadas individualmente no capítulo anterior, é dividido nas fases de ordem de polícia, consentimento de polícia e sanção de polícia.

O Poder de Polícia é uma potestade pública e, como tal, é de monopólio do Estado²⁸, o que, inicialmente, traz a ideia de que apenas servidores da administração direta e das estatais que possuem personalidade jurídica de direito público sob o regime jurídico de direito público poderiam exercer tal autoridade frente aos particulares.

Todavia, excepcionando a essa regra de vedação à delegação do poder de polícia a particulares, a própria legislação admite hipóteses em que é conferido a pessoas jurídicas de direito privado ou pessoas físicas o exercício do poder de polícia, como nos casos de tal autoridade pelos presidentes de mesas receptoras de voto durante a eleição.

Excetuados tais casos de delegação do poder de polícia, onde a própria Lei traz as hipóteses permissivas, a doutrina administrativista brasileira diverge quanto a possibilidade de delegação negocial para entidades privadas, como nos casos de permissão e concessão de serviço público.

Pode ser observado que a doutrina jurídica tem se dividido basicamente em quatro posições acerca do tema:

A primeira posição, considerada como predominante²⁹, entende pela impossibilidade de delegação do poder de polícia a particulares por violar o Princípio da Igualdade entre os administrados. No entanto, tal posição admite que atividades materiais acessórias, prévias ou posteriores ao poder de polícia poderiam ser delegadas, uma vez que não haveria margem de liberdade decisória transmitida ao particular³⁰.

A segunda posição está no sentido de que é possível a delegação do poder de polícia para particulares em geral, independente do fato de este particular integrar ou não a Administração direta ou não. Deve ser frisado que, para esta parcela da doutrina, a delegação somente poderá ocorrer nas fases da fiscalização e consentimento de polícia, não sendo possível a delegação das fases de ordem e sanção de polícia.

A terceira posição encontrada na doutrina administrativista brasileira aponta para a possibilidade de delegação do poder de polícia para pessoas jurídicas de direito privado, porém estas deverão ser integrantes da administração Pública.

Já a quarta posição entende ser possível a delegação desde que esta seja realizada por meio de Lei, não se admitindo a delegação por meio de contrato, que seja delegado apenas a

²⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 258

²⁹ Ibid.

³⁰ ARAGÃO, op. cit., p.197.



fase de fiscalização de polícia e que a entidade delegada seja integrante da administração pública indireta, não sendo possível a delegação para as entidades privadas em geral.

Quanto a delegação do serviço público, forma de descentralização da prestação da atividade administrativa, deve-se lembrar que esta pode ocorrer de duas formas: legal, quando há uma lei que cria ou autoriza o desenvolvimento da atividade pela entidade; ou negocial, quando essa delegação ocorre, fundamentalmente, por meio de permissão ou concessão.

Neste ponto, pode ser visualizado que delegar negocialmente a particulares o serviço de custódia de presos, implica, em delegar, ainda que apenas em algumas de suas fases, o poder de polícia, visto que o exercício da atividade de custódia exige que se ingresse em direitos fundamentais os quais são garantidos aos apenados.

O particular, ao restringir um direito fundamental, seja pela edição de normas relativas à serviço de custódia, seja fiscalizando o regular cumprimento dos deveres do apenado ou emitindo consentindo quanto a requerimentos solicitados e aplicando sanções aos apenados, estará, inequivocamente, exercendo o poder de polícia, daí a principal divergência sobre o tema.

Um ponto que merece destaque é que não há vedação legal no ordenamento jurídico brasileiro quanto à delegação do poder de polícia à terceirizados, sendo possível que o legislador edite Lei que disponha acerca da terceirização do sistema penitenciário, e, posteriormente, que a Administração Pública, no desenvolvimento de sua atividade típica, regule a terceirização³¹.

Promulgada a Lei que verse sobre a terceirização do sistema penitenciário e devidamente regulada pela Administração pública, sendo observada a vedação de delegação das atividades previstas no artigo 83 B da Lei de execução penal³², é possível que o contrato administrativo que seja pactuado como entidade privada seja confeccionado de forma que se delimitem os campos de atuação do exercício do poder de polícia a fim de torná-lo legítimo³³.

O Artigo supramencionado é extremamente relevante para o tratamento do tema, pois determina quais as funções realizadas no ambiente prisional pelos agentes públicos que não podem ser objeto de delegação. Verifica-se que invariavelmente as funções a que a Lei veda a delegação são marcadas pelo poder decisório, como por exemplo a função de Diretor do estabelecimento penal.

³¹ BINENBOJM, op. cit., p. 273.

³² BRASIL. op. cit., nota 5

³³ BINENBOJM, op. cit., p. 272.



Definidos os campos de limites de atuação do poder de polícia pelo particular, o contrato não poderia ter como o único objetivo a percepção de lucro pelo particular, devendo a sua remuneração ser definida estritamente no instrumento contratual.

Ainda que, conforme demonstrado neste capítulo, a doutrina predominante na doutrina brasileira esteja no sentido de que o poder de polícia não possa ser delegado a particulares por se tratar de poder de autoridade exclusivo do Estado, parte da doutrina entende ser possível a delegação das fases do consentimento e fiscalização.

Importante também destacar que o serviço público terceirizado não transfere a titularidade de atividade administrativa específica, que continua sendo monopolizada pelo Estado, mas apenas, segundo a doutrina majoritária, se transfere apenas a sua execução, a qual pode ser retomada pelos mecanismos de encampação ou caducidade.

Neste sentido, a fiscalização do cumprimento da pena e o consentimento em relação aos requerimentos administrativos que não possuam qualquer cunho decisório não afetaria o Princípio da Iguarde ou Isonomia, uma vez que estes estariam normativamente vinculados a Lei que rege a descentralização da atividade e à sua regulação realizada pelo Poder Executivo.

Desta forma, as fases de ordem e sanção de polícia permaneceriam sob a competência administrativa do agente concursado que, conforme determina a Teoria do Órgão³⁴, manifesta a vontade do órgão público e consequentemente do Estado.

Nesse passo, as comissões técnicas de classificação, conselhos penitenciários e as próprias direções dos estabelecimentos penais continuariam a cargo de agentes públicos, ante a necessidade de utilização do poder de decisão acerca da política penitenciária. Ressalte-se que para o exercício das funções inerentes a estes cargos encontra-se o poder de polícia administrativa, especialmente a etapa sancionatória.

Noutro giro, a terceirização de atividades-fim, porém com caráter meramente administrativo poderia representar a ideia mais moderna de consensualidade administrativa³⁵, prestigiando a melhor prestação do serviço, uma vez que particulares, normalmente, possuem maiores recursos financeiros e humanos.

Não se vislumbra óbice legal que vede, por exemplo, que o controle de acesso de funcionários e servidores aos presídios, o serviço de vigilância realizado em muros ou no interior do cárcere, bem como a administração da unidade seja realizado por um agente

³⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p.13.

³⁵ Ibid.



terceirizado, posto que as possíveis penalidades, sanções, estão ainda a cargo de servidores do Estado, e a vinculação legal editada pelo Poder legislativo, ordem de polícia.

CONCLUSÃO

O serviço de custódia de presos constitui-se como uma atividade tipicamente administrativa na medida em que sua realização tem como fundamento o interesse público de fazer cumprir as finalidades da pena aplicada, prevenção e retribuição, e o seu desenvolvimento implica necessariamente em ingressar na esfera de direitos fundamentais dos apenados e de seus visitantes, o que só é possível em razão do poder de polícia administrativa.

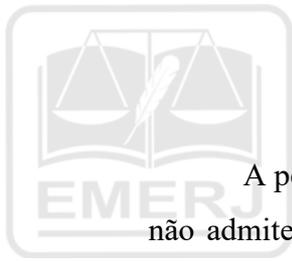
O poder de polícia é dividido nas seguintes fases ou ciclos: Ordem de Polícia, que consiste na possibilidade de edição por parte do Poder Público de normas de caráter geral e abstrato; Consentimento de Polícia, configurando-se como o controle preventivo realizado pelo Poder Público em relação ao exercício de uma atividade particular; Fiscalização de Polícia, fase pela qual a administração verifica o cumprimento das medidas impostas; e, por fim, a Sanção de Polícia, a qual é a fase que revela o desequilíbrio entre a vontade do Estado face a vontade do particular.

O desenvolvimento de parte da atividade administrativa realizada em presídios e penitenciárias exigem equivocadamente o exercício do poder de polícia e suas fases como, por exemplo, ocorre na aplicação de punições administrativas aos apenados, na análise de requerimentos quanto autorização para visita extraordinária, ou mesmo em realização de procedimento de revistas tanto nos apenados quanto em seus visitantes.

Por vezes, são praticados atos administrativos que comportam essencialmente poderes decisórios, como nas sanções em que resultam num maior grau de restrição da liberdade intramuros do apenado ou limitam o seu direito de ser visitado.

Noutras vezes, são praticados atos meramente fiscalizatórios, como ocorre no procedimento de vigilância que objetiva evitar fugas ou o cometimento de crimes no interior do cárcere. Tal fiscalização é realizada pessoalmente ou por meio de circuito de câmeras.

Conforme observado e exposto no presente trabalho, a doutrina de Direito Administrativo brasileiro se divide quanto à possibilidade de delegação do poder de polícia à terceiros, sejam eles pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração indireta ou pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração descentralizada negocial, como ocorre em concessões e permissões.



A pesquisa que resultou no presente trabalho indica que de forma majoritária a doutrina não admite a possibilidade de delegação do poder de autoridade do Estado. No entanto, há parcela na doutrina que entende que tal delegação é possível desde que ocorra nas fases de consentimento e fiscalização, uma vez que em tais fases não há desenvolvimento de atividade de poder decisório.

Nesse passo, verificando que no desenvolvimento da atividade administrativa carcerária são praticados atos que não materializam quaisquer poderes decisórios, para parte da doutrina seria possível que se delegasse apenas a parte fiscalizatória e de consentimento, como a vigilância intramuros, carceragem, bem como a vigilância externa nas guaritas.

Nesse ponto, a Lei de Execuções Penais ao vedar a delegação de determinadas funções realizadas pela Administração penitenciária, traz marcos norteadores das atividades que possuem alta carga decisória, como, por exemplo, as atividades desenvolvidas pelo diretor da unidade prisional ou pelos membros das Comissões Técnicas de Classificação – CTC, a qual, dentro de demais atribuições, é responsável por julgar as infrações administrativas cometidas pelos apenados e aplicar sanções.

Portanto, este trabalho conclui que, levando em consideração a posição doutrinária que admite a delegação das fases de fiscalização e consentimento de polícia para particulares, bem como a edição de Lei que delimite cirurgicamente a atuação do agente privado e respeitadas as vedações legais, é possível que se delegue determinadas atividades exercidas no ambiente prisional, sem que fosse violado o Princípio da Igualdade entre administrados.

No entanto, o presente trabalho também verificou que o tema possui considerável divergência doutrinária, marcada pela determinação da análise da delegação do poder de polícia a particulares e violação a igualdade entre administrados, ainda mais levando em consideração a dificuldade de se fazer distinção no caso concreto dos atos que possuem algum poder decisório.

Neste sentido, conclui-se que, quanto ao viés estritamente acadêmico, existe a possibilidade de delegação de parte do serviço de custódia, no limite de atuação meramente acessória, nas fases de fiscalização e consentimento.

REFERÊNCIAS

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



BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out.2018.

_____. *Lei nº 7210*, de 11 de junho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em: 20 out.2018.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



COMITÊS DA DIVERSIDADE E EFICIÊNCIA NO JUDICIÁRIO

Viviane Almeida da Silva

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

Resumo - o contexto atual do país, de crise econômica e política, descortinou uma série de desrespeitos não só com o povo, mas com os valores constitucionais. Notadamente, tem-se um afloramento, para não dizer aprofundamento, da discriminação. Tal fato é evidenciado pelas mídias tradicionais e pelas redes sociais. O objetivo do trabalho é analisar os comitês da diversidade como instrumento para sensibilização da sociedade ao sofrimento humano ainda provocado por condutas discriminatórias, levando em consideração a atuação do Judiciário nessa empreitada.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Direitos Humanos. Comitê da diversidade. Eficiência. Poder Judiciário.

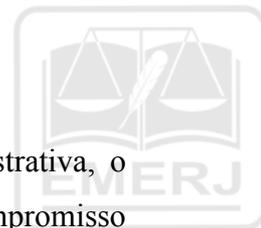
Sumário – Introdução. Capítulo 1. Diversidade e suas dimensões. Capítulo 2. Comitês da diversidade: Análise da cartilha “Diversidade: O que é e o que ela pode fazer pelos seus negócios?” da AMCHAM Brasil e da Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do TRT 4ª Região. Capítulo 3. Comitê da diversidade como instrumento de eficiência no Judiciário: é possível?. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como tema central os comitês da diversidade e visa abordar as seguintes questões: (i) analisar a diversidade em um sentido amplo e específico; (ii) o que é um comitê da diversidade, quais são as suas funções e finalidades e (iii) analisar a possibilidade de tornar o comitê da diversidade um instrumento de eficiência para o Judiciário. Para tanto, a abordagem desta pesquisa será qualitativa, com objetivo explicativo e mediante procedimento bibliográfico com análise da cartilha “Diversidade: O que é e o que ela pode fazer pelos seus negócios?” elaborada pela AMCHAM Brasil e estudo de caso do Comitê de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT-RS).

O Comitê Gestor de Equidade surgiu da apresentação do projeto “Igualdade de Gênero”, voltado à sensibilização sobre questões de violências de gênero, pela servidora e militante da pauta feminista Ana Naiara Malavolta e foi acolhido pela Presidenta Desembargadora Beatriz Renck.

Em 20 de fevereiro de 2017, o Órgão Especial do TRT da 4ª Região aprovou, por unanimidade, a Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade na forma da Resolução



Administrativa nº 03/2017. Conforme estabelecido na referida resolução administrativa, o objetivo da Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade é “afirmar o compromisso contínuo da instituição com a busca da promoção da equidade de gênero, raça, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, geracional e de pessoas com deficiência, bem como das demais dimensões de diversidade nas relações sociais e de trabalho no âmbito da Justiça Trabalhista da 4ª Região”.

No primeiro capítulo deste trabalho, por meio do levantamento bibliográfico sobre o tema, são apresentados os conceitos de diversidade e uma análise das diferenças existentes entre o seu sentido amplo e específico a fim de atender a primeira questão levantada. O segundo capítulo visa atender à segunda questão, o que é um comitê da diversidade, quais são as funções e finalidades, por meio da análise do material “Diversidade: O que é e o que ela pode fazer pelos seus negócios?” elaborada pela AMCHAM Brasil e da Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade aprovada pelo órgão especial do TRT da 4ª Região na Resolução Administrativa 03/2017.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta algumas possibilidades de tornar o comitê da diversidade um instrumento de eficiência para o Poder Judiciário, tendo em vista a Resolução 194 de 26 de maio de 2014 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que instituiu a política nacional de atenção prioritária ao primeiro grau de jurisdição.

A abordagem desta pesquisa será qualitativa, com objetivo explicativo e mediante procedimento bibliográfico e de estudo de casos, porquanto será realizado levantamento bibliográfico pertinente à temática em foco, especificamente legislação, doutrina e jurisprudência, além de retratar a realidade investigada da forma mais completa possível. A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, consistindo na construção de conjecturas baseada nas hipóteses apresentadas, as quais serão submetidas à análise crítica e confronto fático, para verificar quais hipóteses persistem como válidas.

1. DIVERSIDADE E SUAS DIMENSÕES

Norberto Bobbio em sua obra *A Era dos Direitos*¹ ensina que os direitos do homem se desenvolveu em três fases. A primeira consistiu na afirmação dos direitos de liberdade, em que houve uma limitação do poder do Estado e a reserva de uma esfera de liberdade para o indivíduo. A segunda fase foi marcada pela propagação dos direitos políticos, “os quais

¹BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.32.



concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente como autonomia — tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político”². Na terceira fase, por fim, proclamaram-se os direitos sociais, “que expressam o amadurecimento de novas exigências — podemos mesmo dizer, de novos valores —, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado”³.

Sob a perspectiva da terceira fase dos direitos do homem, ao analisar o valor da igualdade, é que se verifica a presença da diversidade. Diversidade, em seu conceito mais amplo, significa “pluralidade, reunião do que contém vários e distintos aspectos, características ou tipos”⁴. Nesse sentido, Rui Barbosa⁵ em sua obra *Oração aos Moços* assim escreveu:

a parte da natureza varia ao infinito. Não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar. Tudo assim, desde os astros no céu, até os micróbios no sangue, desde as nebulosas no espaço, até aos aljôfares do rocio na relva dos prados.

A diversidade é, então, componente essencial das sociedades. É, por exemplo, a diferença étnica e cultural existente entre as sociedades que carrega a identidade de cada lugar em que se apresenta. Importante notar que as características de determinadas sociedades não podem ser vistas como um indicativo de soberania. Nesse sentido, o Ministro Ayres Britto proferiu as seguintes palavras no voto da ADI nº 4277/DF em conjunto com a ADPF nº 132/RJ⁶ “nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se coloca como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja”.

Nessa linha de raciocínio é que, quando se trata de diversidade, invariavelmente fala-se em (des)igualdade. Daí que, Rui Barbosa⁷ estabeleceu a seguinte fórmula: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se

²Ibid.,p.32.

³Ibid.

⁴Definição extraída do Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/diversidade/> Acesso em: 12 set. 2018.

⁵BARBOSA, Rui; *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf, p. 26. Acesso em: 12 set. 2018

⁶O STF, ao julgar a ADI 4.277/DF em conjunto com a ADPF 132/RJ, entendeu que é possível a existência de uniões estáveis homoafetivas, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/02/contrato-de-convivencia-nao-exige.html>> Acesso em: 26 nov. 2018

⁷RUI BARBOSA, op. cit.



desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.”

Sob esse viés, é que o artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)⁸, que prevê expressamente o direito fundamental de igualdade entre todos, é sistematicamente interpretado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A Suprema Corte interpreta o princípio da igualdade não somente no plano formal, mas também no plano substancial, visando emprestar a máxima concreção a esse importante postulado constitucional. Nesse sentido, o princípio da igualdade se revela com a persecução da igualdade formal, prevista na lei, com a igualdade substancial, que corrige os desníveis provocados por agentes socioculturais, permitindo a implementação da equidade fática. Assim, o legislador ou o intérprete da lei, motivados pela diferença histórica, por exemplo, entre homens e mulheres e entre brancos e negros, podem estabelecer diferenciação no tratamento de determinadas questões, concretizando o princípio constitucional em sua plenitude.

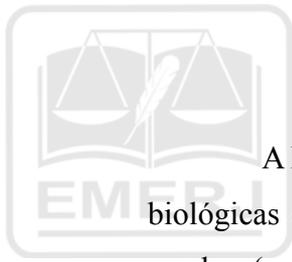
A Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do TRT - 4ª Região⁹ usa como referência o seguinte conceito de equidade: “Reconhecimento de que a busca pela igualdade passa pelas diferenças, implicando no tratamento diferenciado às classes e grupos sociais minoritários ou oprimidos, a fim de lhes possibilitar o igual acesso aos direitos previstos em lei”. Assim, à luz do princípio da igualdade substancial, verifica-se que a diversidade se apresenta em dimensões como: cultural, étnica, racial, inserção social, deficiência, gênero, orientação sexual, identidade de gênero, geracional.

Tendo em vista a importância desses conceitos para este trabalho, passa-se a sua apresentação, conforme conteúdo apresentado pela Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do TRT - 4ª Região. De acordo com a Política¹⁰, entende-se por etnia, os modos de viver, costumes, afinidades linguísticas de um determinado povo que criam as condições de pertencimento naquela etnia. Por sua vez, raça é a categoria utilizada para abordar as hierarquias sociais e os mecanismos de controle social baseados na cor da pele. Tem por objetivo assinalar aspectos que dizem respeito à forma como a cor/traço de indivíduos pode designar elementos que compõem as desigualdades sociais.

⁸BRASIL. *Constituição da República do Brasil*. 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 [...]

⁹BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade*, Disponível em: https://www.trt4.jus.br/portais/documento-ato/843150/RA_03_e_Anexo.pdf > Acesso em: 09 set. 2018.

¹⁰Ibid. p.11-12.



A Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade refere-se ao sexo, às diferenças biológicas e anatômicas entre homens e mulheres: nascemos, dentro da categoria biológica, machos (xy) ou fêmeas (xx) da espécie humana e gênero, a uma relação socialmente construída, traços de personalidade, atitudes, comportamentos, valores, poder relativo e influência que a sociedade atribui aos dois sexos (feminino e masculino) de forma diferenciada. O conceito de gênero descreve, assim, o conjunto de qualidades e de comportamentos que as sociedades esperam dos homens e das mulheres, formando a sua identidade social.

A identidade de gênero é traduzida em um sentimento de pertencimento a um dos dois gêneros socialmente aceitos (masculino ou feminino), independentemente do sexo biológico. Diz-se que uma pessoa que se sente pertencente ao gênero que lhe é atribuído socialmente, a partir de seu sexo biológico, é CISgênero; já uma pessoa que se identifica socialmente com os comportamentos atribuídos ao oposto do gênero relacionado ao seu sexo biológico é TRANSgênero (travestis e transexuais encontram-se nesta categoria).

A orientação sexual é para quem se direciona o desejo sexual e/ou afetivo de um determinado indivíduo. Heterossexuais são pessoas que sentem atração afetiva e/ou sexual por pessoas do sexo oposto ao seu. Homossexuais tem sua atração afetivo e/ou sexual direcionadas para pessoas do mesmo sexo biológico que o seu. Bissexuais tem atração por ambos os sexos. Existem ainda Pansexuais, assexuais, dentre outras categorias hoje em estudo.

As pessoas com deficiência, segundo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Quanto às minorias, a Política refere-se a determinado grupo humano ou social que esteja em inferioridade numérica ou em situação de subordinação socioeconômica, política ou cultural, em relação a outro grupo, que é majoritário ou dominante em uma dada sociedade.

Sobre as dimensões da diversidade, o STF manifestou-se a respeito das questões sobre diversidade de gênero e igualdade no julgamento do HC 124.306¹¹. Ao realizar uma interpretação dos artigos 124 a 126 do Código Penal conforme a Constituição Federal de 1988, o STF consagrou o entendimento de que a criminalização do aborto é incompatível com o direito fundamental sexual e reprodutivo da mulher. Assentou que a equiparação plena de gênero depende do respeito da vontade da mulher que não pode ser obrigada pelo Estado a

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio, Redator p/ ac. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc124306lrb.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.



manter uma gestação indesejada, uma vez que homens não engravidam. Além disso, faz parte da autonomia da mulher o direito de fazer suas escolhas existenciais de modo a manter sua integridade física e psíquica, tendo em vista que são as mulheres as que mais sofrem os efeitos da gravidez.

Percebe-se que o STF adotou a mesma técnica interpretativa¹² na ADPF n° 186/DF¹³ em que se discutiu a constitucionalidade da política de cotas para negros na Universidade de Brasília, em um emblemático julgado sobre a questão racial no Brasil. Nesse julgado, a Suprema Corte destacou que a reserva de 20% das vagas para estudantes negros na Universidade de Brasília, pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao propósito de corrigir as históricas desigualdades sociais bem como de promover a diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica.

Por sua vez, a Suprema Corte decidiu no RMS 27710 sobre as condições de deficiência¹⁴ e na ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ sobre orientação sexual¹⁵. Verifica-se que o STF, no seu papel precípua de guardião da Constituição Federal de 1988 estabeleceu que não se pode admitir condutas discriminatórias de candidatos a provimento de cargo ou emprego público em razão de sua condição de portador de deficiência. Outrossim, é necessário que se proíba a discriminação de pessoas em razão do sexo, seja no plano do gênero ou no plano da orientação sexual, tendo em vista o disposto no inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, bem como por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. No caso em análise, o STF ressaltou, ainda, que o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica e que cabe ao indivíduo, sob o prisma da dignidade da pessoa humana, o direito de buscar a sua felicidade.

¹²De acordo com o STF, a técnica da interpretação conforme à Constituição só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco. Vide: ADI 1.344 MC, rel. min. Moreira Alves, j. 18-12-1995, P, DJ de 19-4-1996. ADI 3.046, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 15-4-2004, P, DJ de 28-5-2004. Vide ADI 3.510, rel. min. Ayres Britto, j. 29-5-2008, P, DJE de 28-5-2010. Vide ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 186 DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/noticiario/anexo/adpf186.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

¹⁴Id. *RMS n° 27710*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8833557>. Acesso em: 19 mar. 2019.

¹⁵Id. *ADI n° 4277/DF e ADPF 132/RJ*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 19 mar. 2019.



2. COMITÊS DA DIVERSIDADE: ANÁLISE DA CARTILHA “DIVERSIDADE: O QUE É E O QUE ELA PODE FAZER PELOS SEUS NEGÓCIOS?” E DA POLÍTICA DE EQUIDADE DE GÊNERO, RAÇA E DIVERSIDADE DO TRT 4ª REGIÃO

Neste capítulo, passa-se a verificar o que é um comitê da diversidade e quais são as suas funções e finalidades. Para tanto, cumpre esclarecer que a opção de analisar o material “Diversidade: O que é e o que ela pode fazer pelos seus negócios?” da AMCHAM Brasil¹⁶ se dá porque tal documento é usado como referência para elaboração de outros materiais ligados a esta temática pelo segmento empresarial¹⁷. Por sua vez, a análise da Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do TRT- 4ª Região¹⁸ se dá por ser o TRT – 4ª Região o órgão do Poder Judiciário que mais produziu acerca do assunto¹⁹.

O documento “Diversidade: O que é e o que ela pode fazer pelos seus negócios?” foi elaborado em 2016 por Reinaldo Bulgarelli, sócio-diretor da Txai Consultoria e Educação e membro do Comitê de Diversidade da AMCHAM. Por meio de sua análise, percebe-se que o material é uma cartilha, uma vez que tem como objetivo servir de orientação para as empresas “na abordagem da diversidade e na descoberta de práticas que as auxiliem na adoção de ações inclusivas, que resultem em maior harmonia e resultados para seus negócios”.²⁰

Em seu conteúdo, são abordados os seguintes tópicos: 1. O que é diversidade; 2. Diversidade adiciona valor; 3. Como promover a diversidade; 4. Questões que você pode estar se fazendo agora; 5. Quais temas, situações e segmentos as empresas no Brasil têm trabalhado; 6. Ações afirmativas; 7. Cotas para inclusão de profissionais com deficiência; 8. Cotas para aprendizes; 9. Por onde começar. Vale dizer que somente o tópico “Por onde começar” será analisado neste trabalho, pois traz uma lista com 10 (dez) passos a serem usados como roteiro para inserção e acompanhamento da valorização e promoção da diversidade nas empresas.

¹⁶AMCHAM, Brasil. *Diversidade: O que é e o que ela pode fazer pelos seus negócios?* Disponível em: <<https://estatico.amcham.com.br/arquivos/2016/diversidade-27-abr-2016.pdf>>. Acesso em 13 out. 2018.

¹⁷“Nas grandes companhias e multinacionais, o programa é desenvolvido na matriz e chega para aplicação na base brasileira, um grande facilitador. A nossa cartilha preenche a lacuna existente nas pequenas empresas sem acesso a este conteúdo por falta de estrutura ou acesso a ferramentas, conteúdo e pilares básicos de um plano de ação no tema”, explicou a CEO da Amcham. A ocasião marcou também lançamento do comitê Aberto de Diversidade da Amcham, que se reunirá no dia 20 de junho. Disponível em: <<https://www.amcham.com.br/noticias/competitividade/amcham-realiza-forum-de-diversidade-com-lancamento-de-cartilha-inedita-para-pme2019s-1275.html>>. Acesso em 15 set. 2018.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁹O Comitê de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) teve sua primeira reunião de 2018 nesta segunda-feira (5/3). O grupo, composto por representantes de segmentos sociais e membros indicados por setores e entidades ligadas ao TRT-RS, tem como função a gestão e implementação da Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do Tribunal. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/161287>>. Acesso em: 15 set. 2018.

²⁰AMCHAM, op. cit., nota 16.p.1.



O primeiro passo é não trabalhar sozinho. Orienta-se a criar um grupo de trabalho ou comitê com representantes de áreas estratégicas para o tema, dependendo do porte da empresa. O segundo passo é definir um posicionamento. O grupo de trabalho formado deve definir um posicionamento da empresa no tema, o que ela pensa sobre ele, sua importância, seu significado e os impactos esperados para o negócio. O terceiro passo é divulgar o manifesto da empresa²¹.

O quarto passo indicado pela cartilha²² é realizar um diagnóstico da situação. O grupo de trabalho irá fazer o diagnóstico ouvindo as pessoas, trazendo temas para discussão ou realizando também o mapeamento do público interno com recortes: quantos na empresa são homens e mulheres, onde estão na hierarquia, porque estão ali ou não estão etc. O quinto passo é estabelecer prioridades. O grupo de trabalho, com base no diagnóstico realizado, deve estabelecer prioridades em termos de temas, situações e segmentos da população, bem como em relação ao tempo – o que será tratado primeiro e num segundo momento. É importante construir a justificativa para essas prioridades.

O sexto passo é estabelecer a situação desejada. O grupo de trabalho deve definir onde quer chegar e estabelecer metas e prazos em relação às prioridades. O sétimo passo é fazer um plano de ação. Com base na situação desejada, o grupo deve definir o que irá realizar, o modo e os responsáveis para alcançar os resultados esperados.

O oitavo passo é acompanhar a execução do plano de ação. O grupo terá como função, depois do plano realizado, acompanhar o conjunto de ações, que poderão ser executadas pelos próprios membros deste grupo. Deve-se observar que não se trata apenas de monitoramento dos indicadores estabelecidos no plano de ação, mas também de levantamento de histórias. Observar o que está indo bem e o que está com dificuldades, a fim de fortalecer pontos fortes e também corrigir rumos.

O nono passo é a criação de canais de diálogo. Há empresas que criam grupos de diálogo em torno de temas. O importante é reunir as pessoas periodicamente para conversar sobre o ambiente de trabalho e verificar as sugestões para a sua melhoria. Por fim, o décimo passo é o compartilhamento com a cadeia de valor. É importante que a valorização da diversidade seja compartilhada com os diferentes públicos da empresa. Os aprendizados gerados podem melhorar e produzir inovações na comunicação interna ou externa. Além disto, podem gerar diálogos interessantes com fornecedores ou clientes, na medida em que se

²¹ Como exemplo, o grupo pode elaborar um parágrafo sobre a importância da diversidade para a empresa com base no posicionamento que tomou. É o que a cartilha da AMCHAM Brasil denomina de “manifesto da empresa”, que pode ser do conhecimento do público interno e externo.

²²AMCHAM, op. cit. nota 16.



compartilha visões, posicionamentos, práticas, soluções e oportunidades para atuação conjunta ou melhoria do relacionamento.

Assim, pela análise do passo a passo da cartilha elaborada pela AMCHAM Brasil²³, verifica-se que o comitê da diversidade é um grupo formado por profissionais da própria empresa. O comitê tem como objetivo inicial promover estudos e debates capazes de identificar questões importantes para a empresa no que tange ao tema da diversidade.

Além disto, cabe ao comitê elaborar, executar e acompanhar um plano de ação, sendo importante a função de identificar quais são os pontos fracos para fortalecer os pontos fortes e também corrigir as estratégias. Nesse sentido, outro passo necessário é a criação de canais de diálogo capazes de reunir pessoas periodicamente para ouvir sugestões e reclamações a fim de promover a diversidade na empresa da melhor forma e com maior rapidez. Por fim, a cartilha da AMCHAM Brasil aponta como último passo e não menos importante, o compartilhamento de ideias com os diferentes públicos da empresa e fornecedores a fim de melhorar e produzir inovações na comunicação interna ou externa.

Para dar continuidade ao trabalho, passa-se a análise da Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do TRT-4ª Região. De início, vale apontar três das seis diretrizes²⁴ desta Política que são relevantes para este trabalho: 1) Consolidar a equidade de gênero, raça, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, geracional e de pessoas com deficiência, bem como as demais dimensões da diversidade na cultura organizacional, em todos os procedimentos, ações ou atividades da Instituição TRT4; 2) Assegurar a igualdade de oportunidades e a equidade de gênero, raça e diversidades na ascensão funcional e nas funções gerenciais, promovendo cursos de qualificação que possam equalizar as desigualdades apuradas que forem baseadas nas dimensões da diversidade, promovendo equidade na disputa destas vagas; 3) Promover a cultura de Direitos Humanos dentro e fora do TRT4, usando dos preceitos e da atribuição constitucional, focados na visão e na missão da Justiça do Trabalho da 4ª. Região e buscando a interação com os demais Órgãos do Judiciário e com toda a sociedade em nível Regional e Nacional

A Política destina um tópico especialmente para tratar da instituição do Comitê Gestor de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Verifica-se, assim, que diferentemente da cartilha da AMCHAM Brasil, a Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do TRT-4ª Região, não só prevê a necessidade de implantação de um comitê, como estabelece que o Comitê Gestor de Gênero, Raça e Diversidade deve ser

²³Ibid.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 9.



composto por 10 (dez) membros, com mandato de dois anos de duração e eleição/indicação até 60 (sessenta) dias após a posse da administração do Tribunal.

Os integrantes do Comitê Gestor são assim distribuídos pela Política de Equidade do TRT-4ª Região: 01 (um) Magistrado/a do Trabalho, indicado pela Presidência do TRT, que coordenará o Comitê; 01 (um) representante da Ouvidoria do TRT, podendo ser o Ouvidor ou um Servidor por ele designado; 01 (um) Servidor/a Indicada pela Diretoria-Geral (DG), que representará, especialmente, as áreas de Gestão de Pessoas e Coordenadoria de Saúde; 01 (um) Servidor/a com Deficiência - eleito entre os servidores/as; 01 (um) Servidora Mulher - eleita entre os servidores/as; 01 (um) Servidor/a Negro/a - eleita/o entre os servidores/as; 01 (um) Servidor/a LGBTTI - eleito entre os servidores/as; 01 (um) Magistrado/a – eleito entre os Juízes e Desembargadores; 01 (um) Diretor/a indicado pelo SINTRAJUFE-RS; 01 (um) Magistrado/a, indicado pela Amatra IV²⁵.

Além disto, a Política de Equidade do TRT-4ª Região define especificamente as responsabilidades do Comitê Gestor. A primeira responsabilidade atribuída ao Comitê Gestor é a de propor, promover e realizar ações, eventos e projetos voltados para os temas afeitos a Política, bem como subsidiar as áreas administrativas e judiciárias nos encaminhamentos de propostas com igual finalidade no âmbito de suas competências específicas, a fim de articular e encadear essas ações, em especial nos meses de março (equidade de gênero) e de novembro (equidade de Raça/Etnia), promovendo uma integração transversal entre todas as áreas do TRT4.

A segunda é apoiar e monitorar a implementação de procedimentos e ações que atendam a Política, assim como elucidar dúvidas na interpretação conceitual da Política, de Programas, Políticas e outras legislações específicas sobre o tema. A terceira é subsidiar e fiscalizar os encaminhamentos dados às denúncias de violações de Direitos Humanos, Discriminação ou Conflitos nas Relações de Trabalho por motivo de discriminação que firam ou estejam em desacordo com a Política. E por fim, a quarta é revisar e propor a atualização do Plano, sempre que necessário.

Diante do exposto, verifica-se que a implantação de um comitê da diversidade possui interesses e execuções distintos no âmbito privado e no público. No que tange à iniciativa privada, observa-se pelo simples título da cartilha, que há um interesse em instituir novas parcerias e agregar valor econômico ao negócio. Por sua vez, na iniciativa pública, está

²⁵Amatra IV é a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região, fundada em 7 de junho de 1965 por magistrados do Trabalho no Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/institucional/historico>> Acesso em: 16 fev. 2019.



relacionada a melhor prestação do serviço público, com a identificação das peculiaridades do ser humano.

Ademais, o modo de organização do comitê e a execução de seus trabalhos são previstas na Cartilha de forma ampla e abstrata, de forma a garantir a livre iniciativa das empresas. Ao passo que na Política do TRT-4ª Região, a estruturação e as responsabilidades do comitê são definidas de modo a garantir transparência e impessoalidade ao comitê, em atenção aos princípios básicos da Administração Pública. Como ponto em comum, verifica-se que o comitê é um instrumento usado tanto pelas empresas quanto pelo Poder Público com vistas a assegurar igualdade de oportunidades, equidade de gênero, raça e diversidade.

3. COMITÊ DA DIVERSIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA NO JUDICIÁRIO: É POSSÍVEL?

O presente capítulo pretende apresentar algumas possibilidades de tornar o comitê da diversidade em um instrumento de eficiência para o Poder Judiciário à luz da Resolução 194 de 26 de maio de 2014 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁶.

O princípio da eficiência foi incluído no texto constitucional, no art. 37, *caput* da CRFB/88²⁷ em razão da Emenda Constitucional nº. 19, de 1998. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho²⁸, “o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional [...]”.

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁹ aponta que:

[...] o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público[...]

²⁶BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 194*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_194_26052014_28052014142500.pdf>. Acesso em: 09 set. 2018.

²⁷ BRASIL. op. cit. nota 8. Art. 37, *caput*. 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 [...]

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

²⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].

Observe-se, contudo, que não se pode confundir eficiência com eficácia e efetividade, conforme ensina o professor José dos Santos Carvalho Filho³⁰:

[...] a eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos [...]

Assim, em atenção especial ao princípio da eficiência administrativa, a Resolução 194 do CNJ³¹ instituiu a Política Nacional de Atenção Prioritária ao primeiro grau de jurisdição. O artigo primeiro³² dispõe sobre o objetivo da política nacional de desenvolver, em caráter permanente, iniciativas voltadas ao aperfeiçoamento da qualidade, da celeridade, da eficiência, da eficácia e da efetividade dos serviços judiciários da primeira instância dos tribunais brasileiros.

Por sua vez, o artigo segundo³³ trata das diretrizes para implementação da política nacional, quais sejam: alinhamento ao Plano Estratégico, equalização da força de trabalho, adequação orçamentária, infraestrutura e tecnologia, governança colaborativa, diálogo social e institucional, prevenção e racionalização de litígios, estudos e pesquisas e formação continuada.

A partir do objetivo da política nacional e de suas linhas de atuação, principalmente das que exsurtem dos incisos V (governança colaborativa), VI (diálogo social e institucional), VII (prevenção e racionalização de litígios), VIII (estudos e pesquisas) e IX (formação continuada), é que se mostram as possibilidades de adotar a implementação de comitês da diversidade como instrumento de eficiência nos tribunais brasileiros.

De acordo com Alexandre Santos de Aragão³⁴:

[...] na busca da realização dos fins últimos da lei, o Direito (e sobretudo, o seu aplicador), para ser eficiente, deve buscar compreender os códigos do sistema social regulado, buscando, através da permeabilização das fronteiras do subsistema jurídico com os demais subsistemas sociais, em especial o econômico, o acoplamento de suas

³⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p.86.

³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 194*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_194_26052014_28052014142500.pdf>. Acesso em: 09 set. 2018.

³² Ibid., p.2.

³³ Ibid., p.3.

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.237, p.1-6, jul.2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361>>. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v237.2004.44361>. Acesso em: 26 nov. 2018.



respectivas lógicas, a fim de que as finalidades legais não sejam realizadas apenas no Diário Oficial, mas também na realidade prática do setor regulado [...]

Nessa ideia de inter-relação entre sistemas (jurídico-econômico, jurídico-político, jurídico-social), a constituição de comitês da diversidade nos tribunais estimula o diálogo entre as instituições. Ademais, fomenta a participação de magistrados e servidores na governança do Judiciário de modo que torna-se mais evidente a função de gestor³⁵ do juiz de primeiro grau. A efetiva implantação do comitê da diversidade é capaz de produzir o diálogo com a sociedade, com instituições públicas e privadas e desenvolver parcerias no intuito de fortalecer e apoiar as políticas públicas de equidade de gênero, raça, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, geracional e de pessoas com deficiência.

Por fim, no que tange ao efetivo acesso à justiça³⁶, o comitê da diversidade, ao analisar o perfil dos jurisdicionados, considerando as especificidades de gênero, raça, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, geracional e de pessoas com deficiência, poderá ser capaz de identificar as causas e consequências do mau funcionamento da Justiça de primeira instância. Contudo, tendo em vista a recente criação dos comitês e a não divulgação dos resultados dos seus trabalhos, a presente pesquisa ainda não dispõe de dados suficientes para verificar tal possibilidade.

CONCLUSÃO

Diante da análise realizada ao longo do trabalho, esta pesquisa constatou que as empresas e os órgãos públicos preocupam-se em garantir a igualdade entre todos, de modo a diminuir a discriminação. Verificou-se que a implantação dos comitês da diversidade é um instrumento capaz de enfrentar tal problema social. A finalidade precípua dos comitês, é então, contribuir para sensibilização da sociedade ao sofrimento humano ainda provocado por condutas discriminatórias.

Com esta pesquisa, é possível entender que os comitês possuem entre os seus objetivos, evitar condutas dirigidas a estabelecer uma uniformização de comportamento, de

³⁵ ARENA FILHO, Paulo Ricardo. *O juiz gestor: entre o imaginário e a realidade*. 2016. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016. doi:10.11606/D.107.2017.tde-01092017-091445. Acesso em: 17 set. 2018.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988,p.8.



identidade, que são capazes de aniquilar o direito ao que há de mais humano, a singularidade de cada pessoa.

Entretanto, o exame comparativo da Cartilha elaborada pela AMCHAM Brasil e da Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do TRT-4ª Região possibilita apontar que a implantação de um comitê da diversidade no ente privado e no ente público possuirá modos de execução e interesses distintos, tendo em vista a própria essência do serviço que cada um se destina. É possível, ainda, estabelecer uma conexão dos documentos acima apontados com os objetivos da Resolução nº 194 do CNJ que instituiu a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição.

É possível verificar também, à luz das linhas de atuação da Resolução nº 194 do CNJ, quais sejam, governança colaborativa, diálogo social e institucional, prevenção e racionalização de litígios, estudos e pesquisas e formação continuada, que a implantação de comitês da diversidade nos tribunais revela o comprometimento das administrações com uma gestão humanitária.

Assim, sob a ótica que rege o princípio da eficiência, qual seja, o de consecução do maior benefício com o menor custo possível, com atenção à presteza, perfeição e rendimento funcional, verifica-se que a implementação de comitês da diversidade pode ser utilizada como instrumento de eficiência nos tribunais brasileiros. Todavia, para aferir como os comitês serão capazes de identificar as causas e consequências do mau funcionamento da Justiça de primeira instância, é necessário aprofundar a presente pesquisa, com a coleta de dados que ainda não estão disponíveis em razão da data de implantação dos comitês ora estudados.

REFERÊNCIAS:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 1-6, jul. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361>>.doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v237.2004.44361>. Acesso em: 26 Nov. 2018

ARENA FILHO, Paulo Ricardo. *O juiz gestor: entre o imaginário e a realidade*. 2016. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016. doi:10.11606/D.107.2017.tde-01092017-091445. Acesso em: 2018-09-17.

AMCHAM, Brasil. *Diversidade: O que é e o que ela pode fazer pelos seus negócios?* Disponível em: < <https://estatico.amcham.com.br/arquivos/2016/diversidade-27-abr-2016.pdf> >. Acesso em 13.10.2018



BARBOSA, RUI. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em:

<http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 02 out. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Resolução Administrativa nº 03/2017*. Disponível em: < https://www.trt4.jus.br/portais/documento-ato/843150/RA_03_e_Anexo.pdf> . Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 194*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2483>> Acesso em: 02 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 186*. Relator: Ministro Ricardo Lewandovski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RMS nº 27710 AgR*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000277062&base=baseAcordaos>> Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277/DF e ADPF nº 132/RJ*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 15 out. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br

